AMENDING THE CONSTITUTION OF CANADA

A DISCUSSION PAPER

Government of Canada
Federal-Provincial Relations Office

Gouvernement du Canada
Bureau des relations fédérales-provinciales

91-01709/

Think Recycling!

Pensez à recycler !

© Minister of Supply and Services Canada 1990
Catalogue No. CP 43-4/1990
ISBN 0-662-58009-5

TABLE OF CONTENTS

Purpose 1

Constitutions and Constitutional Amendment 1

The Origins of the Canadian Amending Procedure 3

The Current Amending Procedure 7

Alternative Approaches to Constitutional Amendment 10

1) Consensus and established practices respecting process under the legislative model 11

2) Formal amendment of the amending procedure 14

a) The referendum model 15

b) The constituent assembly model 18

Conclusion 20

Annex A 23

Annex B 22

AMENDING THE CONSTITUTION OF CANADA

Purpose

The debate on the Meech Lake Accord raised serious questions about the Canadian constitutional amendment formula now in place. Those questions related not only to the need for public participation in the amendment process, but to the effectiveness of existing procedures.

The purpose of this paper is to stimulate public discussion by explaining how the current procedures came to be adopted, analyzing those procedures, and examining some possible alternatives that might achieve better public involvement in the process and be more effective in achieving amendments.

Constitutions and Constitutional Amendment

The constitution of a country provides the basic framework for political life within the state. It defines and shapes the principal institutions of government and determines the relations among them. It can also provide explicitly for the relations between the state, on the one hand, and individuals or collectivities, on the other, by setting out the powers and obligations of the former and the rights and responsibilities of the latter.

One function of the constitution is to remove arbitrariness and uncertainty from government to the greatest degree possible and to ensure a certain predictability to political life. Constitutional stability is achieved by making changes to the constitution more difficult to achieve than changes to statute law, which can be effected by a simple legislative majority.

In a unitary state, changes to the constitution might be made subject to an extraordinary procedure, such as a referendum, perhaps with the requirement of a special majority. In a federal state, the question is more complex because, in addition to its other functions, the constitution must also provide for the distribution of powers between the central and regional governments. In federations, it is appropriate that the procedure for amending the constitution be structured so that matters of fundamental concern to the constituent parts cannot be altered without appropriate support from those parts.

The procedures for amending a federal constitution aim at a high degree of stability and protection of the interests that led to the creation of a federation rather than a unitary state. This is achieved by making change difficult. If the level of difficulty is too great, there is a danger of rigidity, which would make it impossible for the constitution to be adapted

to changing circumstances. If the level of difficulty is too low, there would be insufficient stability and protection.

Striking the appropriate balance between stability and flexibility is one of the key tasks in establishing a federal constitution.

For reasons explained below, Canada did not establish a comprehensive amending procedure for achieving constitutional change domestically until 1982. Consequently, experience with that procedure has been limited. However, in the past three years, there has been considerable discussion of the process for amending the constitution of Canada.

Two major issues have been highlighted in this discussion: the need for public participation in the process; and the effectiveness of the process in securing an amendment to the constitution.

There are two basic approaches one could consider to establish a better process for constitutional amendment in Canada:

- the first would be to reach consensus on measures to supplement the existing legislative procedure in order to address the issues of public participation and effectiveness without amending the written constitution;

- the second would be to amend the entrenched constitutional amendment procedure itself to address those issues by:

    - entrenching the consensus on measures designed to supplement the existing legislative procedures; or

    - creating a hybrid of the legislative procedures now in place (or a variant of them) and some completely new procedure (such as a constituent assembly); or

    - replacing the existing legislative procedures with something completely different (such as a referendum or a constituent assembly).

This paper will raise a number of questions and examine a variety of proposals without seeking to be exhaustive, without setting out all permutations and combinations and without suggesting any preferred course. It is quite possible that ideas set out in this paper may give rise to others and that Canadians may ultimately develop a consensus on a process that has not been explicitly examined in this paper. If that results, this paper will have served its purpose.

Before examining alternatives, it would be best to place the issue in perspective by setting out the origins of the amending procedure and the experience gained in putting the current procedure into operation.

The Origins of the Canadian Amending Procedure

When Canada achieved de facto independence from the United Kingdom with the publication of the Balfour Report in 1926, there was no agreement in Canada on a formula to amend the constitution – a power that was left, therefore, with the Parliament of the United Kingdom.

In the intervening years up to 1982, a number of amendments to Canada's constitution were secured by this route. These included such amendments as the transfer of provincial jurisdiction over unemployment insurance (1940) to Parliament and the sharing of provincial jurisdiction respecting old age pensions (1951) and supplementary old age benefits (1964) with the Parliament of Canada. These three amendments were enacted by the Parliament of the United Kingdom after unanimous agreement among the federal and provincial governments had been achieved.

A key question during this period was how elements of stability and flexibility could be combined in an amending formula that would permit patriation of the constitution from Britain. There were numerous attempts to secure agreement on an amending formula, sometimes in isolation from other matters and sometimes as part of a broader constitutional agenda (1927, 1935-36, 1950, 1960-61, 1964, 1968-71, 1975-76, 1978-79, 1980 and 1981). On only two occasions were the Prime Minister and premiers able to reach unanimous agreement in principle on an amending procedure as part of a patriation proposal:

- in 1964, they agreed to the Fulton-Favreau formula which would have required unanimity for all major amendments, but which would have also included a flexible procedure for the delegation of legislative authority between the two orders of government;

- in 1971, they agreed to the Victoria amending formula with its four "regional" vetoes (Atlantic Canada, Quebec, Ontario and the West) for major amendments.

After reflection on both occasions, the Government of Quebec decided not to seek approval of the patriation proposal by the National Assembly.

In the following years, the patriation debate continued to focus on the Victoria amending formula. That formula would have required, for most major amendments, the consent of the Senate, the House of Commons, two of the four legislative assemblies in Atlantic Canada, the legislative assembly of Quebec, the legislative assembly of Ontario and two of the legislative assemblies in Western Canada representing at least 50 percent of the population in that region. The population qualification in Western Canada was designed to recognize the demographic strength of British Columbia in the region: an amendment could only be achieved without the support of British Columbia if the remaining three provinces in Western Canada consented to it. The role of the current Senate in

the amendment process would have been limited to a suspensive veto of three months.

During federal-provincial discussions on patriation in 1975-76, 1978-79 and 1980, the Victoria amending procedure remained the preferred option of the Government of Canada. However, as early as October 1976, Alberta expressed the view that the amending procedure should not take away rights, proprietary interests and jurisdiction from any province without its concurrence. Alberta also became convinced that the procedure should reflect the principle of equality of the provinces and not regional vetoes. By 1980, an alternative amending procedure developed by Alberta, as well as the Victoria formula, were on the table.

Following the failure of the constitutional discussions among governments in September 1980, the Government of Canada introduced a measure in the House of Commons on October 6, 1980 to patriate unilaterally the constitution, achieve certain substantive constitutional changes (notably the entrenchment of a charter of rights), and put in place a complex set of arrangements that would have resulted, within two years, in the adoption of a permanent amending procedure.

Immediately after patriation, unanimity would have been required to amend the constitution for an interim period not to extend beyond two years. During the interim period, governments could seek unanimous agreement on an amending procedure and, failing such agreement, if seven provinces representing 80 percent of the population agreed on an alternative, that alternative and the Victoria amending formula (or any other procedure preferred by the Government of Canada) would be put to the people in a referendum. However, in the absence of unanimous agreement on an alternative or of a referendum, the Victoria amending procedure – which was set out in the unilateral resolution – would automatically come into force after the expiry of the two-year period. Needless to say, this focussed public examination on the Victoria procedure.

Two provinces, Ontario and New Brunswick, supported the Government of Canada's unilateral initiative. Faced with the strong opposition of the majority of provinces representing the majority of the population of Canada, the Government decided – for the first time in Canada's history – to involve the people of Canada in the process of constitutional amendment through televised public hearings conducted by a special joint committee of the Senate and House of Commons. The hearings began on November 6, 1980 and concluded on February 9, 1981.

Towards the end of parliamentary debate on the constitutional resolution, the eight premiers opposed to the unilateral initiative signed an accord on April 16, 1981, agreeing to patriation of the constitution if that action were limited to the entrenchment of an alternate amending formula based on the Alberta proposal of 1980 and if all other constitutional changes, including the adoption of the Canadian Charter of Rights and Freedoms, were put aside for consideration after patriation and under

the terms of the new amending procedure. The proposal also included provisions to permit the delegation of legislative authority between the two orders of government.

The new procedure proposed by the premiers was rather complex:

- it would require the consent of the Senate, the House of Commons and the legislative assemblies of two thirds of the provinces representing at least 50 percent of the population of all the provinces for most general amendments to the constitution;

- if, however, a general amendment derogated from the legislative powers, the proprietary rights or any other rights or privileges of the legislature or government of a province, the legislative assembly could opt out of the amendment and it would not apply to that province;

- furthermore, if a province opted out of an amendment conferring legislative jurisdiction on Parliament, Canada would provide reasonable compensation to the opted-out province;

- amendments to provisions applying to one or more, but not all, provinces would require the consent of the Senate, the House of Commons and the legislative assemblies of every province to which the amendment would apply;

- amendments in relation to:

  - the principle of proportionate representation of the provinces in the House of Commons;

  - the powers of the Senate and the method of selection of members thereto;

  - the number of members by which a province is entitled to be represented in the Senate and the residence qualifications of senators;

  - the Supreme Court of Canada (except for its composition);

  - the extension of existing provinces into the territories; and

  - notwithstanding any other law or practice, the establishment of new provinces

  would be made under the two-thirds/50 percent rule, with no right to opt out;

- amendments in relation to:

- the office of the Queen, of the Governor General or of the Lieutenant Governor;
- the right of a province to a number of members in the House of Commons not less than the number of senators representing the province at the time of patriation;
- the use of the English or French language (except for provisions applying to one or more, but not all, provinces);
- the composition of the Supreme Court of Canada; and
- the procedure for amending the constitution

would require unanimous consent.

In all cases, the role of the Senate was to be restricted to a suspensive veto of six months.

Thus, the procedure proposed by eight provinces was not "an amending formula," but rather a number of formulae, including a provision requiring unanimity for certain categories of amendment. The federal government did not agree to seek patriation on this basis and to leave for future consideration other matters, such as entrenching a Charter of Rights.

Following a decision of the Supreme Court of Canada on September 28, 1981 – by which the unilateral patriation measure was judged legal but contrary to the convention of the constitution that required the concurrence of a substantial number of the provinces for amendments affecting federal-provincial relations – the Prime Minister convened a first ministers' conference on November 2, 1981.

On November 5, 1981, the Prime Minister and the premiers of all provinces, save Quebec, reached agreement on a patriation package that would, among other things, entrench the Canadian Charter of Rights and Freedoms (but fundamental freedoms, legal rights and equality rights would be made subject to a "notwithstanding clause," a provision which had not been discussed during the public hearings in 1980-81).

The patriation package would also put in place the amending procedure proposed by eight premiers on April 16, 1981 (but without the compensation provision in the case of opting out, although a limited compensation provision respecting transfers of provincial powers over education and other cultural matters to Parliament was added shortly thereafter through an executive agreement among the Prime Minister and the premiers of all provinces, save Quebec). The provisions respecting the delegation of legislative authority between the two orders of government were dropped.

A patriation package which differed significantly from the package upon which parliamentary hearings had been held in 1980-81 (it now included the "notwithstanding clause" and a new amending procedure) was therefore introduced in the House of Commons on November 20, 1981 and adopted on December 2, 1981. It was introduced in the Senate on December 3, 1981 and adopted on December 8, 1981. No public hearings were held on the new patriation package. No legislative assembly (save Alberta's, which debated the November 5 agreement for one day on November 10) examined the package, held public hearings or authorized it. On March 29, 1982, the Parliament of the United Kingdom enacted the Canada Act 1982. Under the terms of that act, the Constitution Act, 1982 was proclaimed on April 17, 1982 in Ottawa.

The Current Amending Procedure

The experience gained in using the new amending formula after patriation raised a number of questions on which the formula, itself, is silent. For example, while an amendment may be initiated in the Senate, the House of Commons or any legislative assembly, how the necessary agreement on the form and the substance of an amendment can be secured to achieve the required level of agreement among the legislative bodies is not addressed.

The unsuccessful legislative initiatives undertaken on entrenching property rights in the Charter by the legislative assembly of British Columbia (September 1982), by the legislative assembly of New Brunswick (June 1983) and by the legislative assembly of Ontario (November 1986) emphasize that, in the absence of a prior executive agreement among first ministers in Canada's federal and parliamentary system, unilateral action by one legislative body would be unlikely to lead to the required approval by other legislative bodies and, hence, proclamation of an amendment under the formula in place.

On the other hand, the amending procedure was used successfully following the first ministers' conference on aboriginal constitutional matters, March 15-16, 1983. No public hearings preceded this meeting. Rather, a series of private preparatory meetings at the level of officials, ministers and representatives of the aboriginal peoples and the territories was held. Agreement on an amendment was reached with the participation and support of representatives of the aboriginal peoples of Canada and the territories – whose participation had been constitutionally mandated. For the purposes of authorizing the Constitution Amendment Proclamation, 1983, action by the Senate, the House of Commons and at least two thirds of the legislative assemblies representing at least 50 percent of the population of all the provinces was required.

As Annex A shows, debate on the amendment resolution ranged from a maximum of five days in the Senate to a minimum of one day in Nova Scotia, Alberta, Saskatchewan, Prince Edward Island, Newfoundland and British Columbia. In no case were public hearings held.

While the amending procedure requires that amendments be authorized by legislative bodies (rather than by executive action), there is no provision in the procedure respecting public hearings.

Although in theory and in law there is no requirement for governments to co-ordinate their activities respecting constitutional amendments, the unco-ordinated actions on the proposed property rights amendment demonstrate the very great difficulties of authorizing the same legal amendment text and in the proper legal form unless preceded by intergovernmental consultations.

Indeed, there is a recognition of "executive federalism" reflected in section 37 of the Constitution Act, 1982, which required the Prime Minister to convene a first ministers' conference to consider constitutional issues relating to the aboriginal peoples of Canada and to invite representatives of the aboriginal peoples and the territories to participate in the discussions of matters directly affecting them.

The recognition of executive federalism is reinforced by section 49 of the Constitution Act, 1982 which requires the Prime Minister to convene a first ministers' conference to review the amending procedure before April 17, 1997. [Please see Annex B for the "Procedure for Amending the constitution of Canada" which is set out in Part V (sections 38-49) of the Constitution Act, 1982.]

The second successful use of the amending procedure resulted from the consultations and agreement between the governments of Canada and Newfoundland on a bilateral (section 43) amendment respecting the denominational school rights of the Pentecostal Assemblies of Newfoundland. The Constitution Amendment, 1987 (Newfoundland Act) was introduced in the House of Assembly on April 10, 1987 and adopted that same day. There were no public hearings. It was introduced in the House of Commons on June 23, 1987 and adopted that same day. It was then sent to the Senate where it was adopted on June 30 after two days of debate. There were no public hearings on this amendment in Ottawa.

A third attempted use of the amending formula arose when first ministers reached unanimous agreement in principle on a set of amendment proposals at Meech Lake on April 30, 1987. The set of proposals was based on the five constitutional issues identified by the Liberal Party of Quebec in *Maîtriser l'avenir*, the political program debated and adopted by the party in February 1985 as its platform for the general election held later that year.

At Mont-Gabriel in May 1986, the Quebec Minister for Canadian Intergovernmental Affairs, Gil Rémillard, said Quebec was willing to return to the constitutional family if the five issues set out in *Maîtriser l'avenir* could be accommodated through amendments to the constitution of Canada. All premiers agreed at Edmonton in August 1986 that Quebec's return to the fold, on the basis of the five issues it had identified, was their constitutional priority and that they would address

other questions, such as Senate reform, subsequently. This position was adopted by all first ministers at their conference on the economy in November of that year.

Following bilateral consultations at the level of ministers and officials, a multilateral meeting of officials was held March 5-6, 1987. At that point, the Prime Minister concluded that ministers and officials had progressed as far as they could without substantive intervention by first ministers, and he convened the Meech Lake meeting of April 30.

The unanimous agreement in principle reached at Meech Lake provided the basis for the preparation of legal texts by officials over the following month. It also provided the basis for public hearings which were held by the Quebec National Assembly in May prior to the Langevin Block meeting of June 2-3, 1987, which resulted in unanimous agreement among first ministers on a legal text which came to be known as the Meech Lake Accord.

All first ministers agreed to introduce the constitutional resolution authorizing the Constitution Amendment, 1987 in their respective legislative bodies "as soon as possible." The presumption of early adoption and proclamation of the Accord was reinforced by one of its provisions which would have required a constitutional conference to be convened in 1988 and, indeed, by the very title of the proposed amendment.

The ratification process under the legislative procedure now in place began with adoption of the Meech Lake constitutional resolution by the National Assembly of Quebec on June 23, 1987. Public hearings were subsequently held in Ottawa, Toronto and Charlottetown. A common criticism during the hearings was that the public was presented with a "done deal" and that examination of the resolution was aimed more at careful scrutiny than at discussion of alternatives.

Within 12 and a half months of initiation of the constitutional resolution, it had been authorized by the House of Commons (twice) and by eight of the 10 provincial legislative assemblies (all except Manitoba and New Brunswick) representing over 93 percent of the population of Canada. There had been a change in government in New Brunswick in October 1987 (see below). In Manitoba, the Premier decided not to submit the Accord to his legislature after the Government of Canada decided to proceed with the Free Trade Agreement. In a statement released by his office on December 18, 1987, Premier Pawley said "much of the good will and nation-building that took place in the writing of the Meech Lake Accord are being undercut by the trade agreement" and the trade issue, not Meech Lake, has to be "our top priority." Accordingly, Premier Pawley put Meech Lake on the "back burner."

Some have suggested that those parts of the resolution requiring the support of only seven provinces representing at least 50 percent of the population should have been "severed" from the parts of the schedule to

the resolution which required unanimity and proclaimed forthwith. However, the Government of Canada believes the correct view to be that the resolutions (which indicated legislative intent) authorized proclamation of the whole schedule as a package and that the amendments contained in the schedule could therefore not be severed. In effect, all provincial assemblies would have to approve the whole schedule before any amendments could be proclaimed.

During the three-year maximum ratification period, there were three changes in government: New Brunswick (October 1987), Manitoba (April 1988) and Newfoundland (April 1989). In each case, the new governments raised objections concerning the substance and process of the constitutional resolution. Public hearings were held in New Brunswick and Manitoba, while in Newfoundland the resolution adopted on July 7, 1988 was rescinded on April 6, 1990. There were no public hearings on the resolution to rescind.

A meeting of first ministers was held in Ottawa-Hull in early June 1990 to determine under what terms the ratification process could be successfully completed. An agreement of all first ministers was signed on June 9, 1990. According to this agreement, the premiers of New Brunswick, Manitoba and Newfoundland undertook to submit the Constitution Amendment, 1987 "for appropriate legislative or public consideration and to use every possible effort to achieve decision prior to June 23, 1990." Subsequently, the Meech Lake Accord was approved by the legislative assembly of New Brunswick, but legislative authorization was not granted in Manitoba or Newfoundland.

Alternative Approaches to Constitutional Amendment

The Constitution Act, 1982, then, entrenched a "legislative model" of constitutional reform with a possible context of executive federalism as a mechanism to make it work. The required action by the Senate, the House of Commons and the legislative assemblies of a specified number of provinces to give any constitutional proposal the force of law contemplated in certain instances, within the context of Canadian practices, the institution of the "first ministers' conference" which, for certain defined matters, would require the participation of aboriginal and territorial representatives.

The "legislative model" as it now exists in Canada could be modified by consensus, established practice or, indeed, constitutional amendment to address the issues of public participation and effectiveness. It could also be supplemented or even replaced by another approach, such as:

- the "referendum model," providing for direct decision by the people; or

- the "constituent assembly model," requiring deliberations by a special body chosen to represent the people.

These models are not necessarily mutually exclusive. For example, the Parliament of Australia determines when and whether to put a constitutional amendment proposal to the people and Parliament determines the nature of the proposal: but the people determine the outcome through a referendum.

Let us first examine how the "legislative model" now in place might be altered or supplemented by consensus or established practices that would respond to concerns about public participation and effectiveness. We could then examine how the amending procedure now in place might be formally amended to address these concerns, including the possibility of supplementing or replacing the "legislative model" with alternatives, such as the "referendum model" or the "constituent assembly model."

1) Consensus and established practices respecting process under the legislative model

Canada has a parliamentary system of government that is both representative and responsible. It is representative because Canadians elect members of Parliament and provincial legislatures to represent them in the national and provincial decision-making processes and to exercise judgment on their behalf. It is responsible because the Government of Canada and the provincial governments are responsible to the elected representatives for the conduct of public affairs and must resign or seek a new mandate if they lose the confidence of those representatives.

Given the importance the House of Commons and the legislative assemblies play in the conduct of public affairs in Canada, it is not surprising that Canada chose a legislative model for future constitutional change at the time of patriation. And the experience of legislative bodies with property rights resolutions in 1982-86 indicated quite clearly the desirability of prior consultation and agreement among governments on the development of a consensus on the form and substance of an amendment if it were to have any chance of success.

The Meech Lake experience raised other important process issues. How could the people best be involved in the legislative model? In the case of Quebec, public participation through hearings by a commission of the National Assembly occurred on the agreement in principle reached at Meech Lake before governments met at the Langevin Block to reach agreement on the legal text of the proposed amendment. No other legislative body followed this example. It is moot whether all legislative bodies might follow this precedent. Indeed, there might be merit in establishing a special body comprising representatives of government and opposition members of all legislative bodies: this might sensitize federal and provincial legislators to the concerns of Canadians in all regions of the country.

After agreement had been reached in the Langevin Block on June 3, 1987, the legislative ratification process began. The National Assembly of Quebec authorized the Constitution Amendment, 1987 on June 23, 1987, and Saskatchewan, the House of Commons and Alberta took steps to follow suit in the following six months. If any change whatsoever in the form or substance of the proposed amendment had been made, the National Assembly (or any other legislative assembly that had already authorized the amendment) would have had to put aside its earlier resolution and start afresh to consider the amendment as amended. This could have led to an unending set of "new" initiations of the amendment as each legislative assembly in turn altered the previous resolution: it is unlikely that the question could ever have been resolved.

The Prime Minister and premiers thus agreed that the purpose of public hearings would be to determine whether the Accord contained any fundamental errors, and to identify further issues for future constitutional change. This was widely criticized as undemocratic. However, it is in the nature of constitutional reform in other countries: under the legislative model in the United States, when two thirds of both houses of Congress initiate an amendment, the question for the three quarters of the state legislatures required for ratification is whether to support it (in spite of any warts) or to reject it (notwithstanding its benefits).

Similarly, once the Parliament of Australia has approved an amendment proposal to put to the people by referendum, there can be no question of amending it: rather, the people must decide whether to accept it or turn it down.

In our parliamentary federal system, some form of executive consultation on possible amendments may be necessary to create circumstances propitious for eventual legislative ratification. However, if the public is to be involved in a meaningful way in the examination of the substance of the amendment, there should be an opportunity for input and thorough discussion at an early stage. It is an open question whether national hearings by the House of Commons (perhaps with the Senate) would be adequate or whether hearings by most or all of the provincial assemblies as well should be considered. So, too, is the question of how interest groups who have no formal role in the amending procedures can take part meaningfully in the process.

It is also an open question whether hearings should take place after an agreement on a precise legal text has been reached. If they do, it is difficult to see how the compromises and trade-offs inherent in a negotiation are likely to be made, if the negotiators suspect that the agreement may be reopened and further concessions may be required. Especially problematic and likely to have a chilling effect on the negotiation process is a situation whereby some, but not all, first ministers state they are in a position to reach an agreement only subject to subsequent public hearings. Hearings at an early stage, perhaps on principles before any agreement on form and substance is "locked in," appear to be preferable.

Another question raised in the Meech Lake exercise is whether there should not be a much shorter timeframe for the consideration and disposal of constitutional amendment proposals. Over the existing three-year maximum timeframe for the ratification of amendments requiring the consent of the Senate, House of Commons and two thirds of the legislative assemblies representing at least 50 percent of the population (the "7/50" formula), elections can and will occur, governments may change, partisan politics will continue, and extraneous issues and events may occur which, while legally unrelated to the amendment proposal, could affect attitudes and derail the ratification process.

Since Parliament and the legislatures have annual sessions, perhaps the ratification process should be limited to a year, particularly if ample public hearings on the principles underlying the amendment proposal had been held before the formal initiation of the amendment by adoption of the legal text by the first legislative body. There is currently no time limit for the ratification of bilateral amendments and unanimity amendments, leaving the process open-ended. The same one-year rule might apply in these cases also, particularly since some amendments may inevitably involve both "7/50" and unanimity matters (entrenchment of the Supreme Court in the constitution, including its composition, is an example).

One would also have to consider the minimum time for proclamation of an amendment after it has been formally initiated. There is no minimum for bilateral and unanimity amendments, but "7/50" matters cannot be proclaimed before the expiration of one year from initiation, unless every legislative assembly has previously adopted a resolution of assent or dissent.

If, in our parliamentary system, the executive and legislative branches of government are inextricably entwined and if, after public hearings on the principles of an amendment proposal, first ministers determine the final legal text to be submitted for legislative approval, it is fitting to ask whether first ministers are under any obligation to honour an agreement on a constitutional amendment and to take the necessary action to follow up on the commitment. If so, should the obligation be made explicit in the signed agreement on the amendment? There would still remain the question of enforceability.

In like vein, once a first minister has made a commitment to pursue a constitutional amendment formally agreed upon by first ministers, should the amendment resolution be deemed a matter of confidence in the House of Commons or the legislative assembly, just as other major measures of public interest introduced by the Government are normally deemed to be confidence matters? If so, should this be achieved through new constitutional practices?

If "7/50" and unanimity matters are both contained in the same amendment resolution, should the resolution provide that they can be proclaimed severally when the necessary level of consent has been achieved, or should the amendment resolution treat the whole set of

amendments as an unseverable whole and ensure that the "7/50" matters (even if the appropriate degree of consent had been achieved) would not be proclaimed if unanimity on the remaining matters were not reached before the deadline? Alternatively, one might seek to avoid combining "7/50" and unanimity matters in the same resolution, but the example of entrenchment of the Supreme Court of Canada indicates this is not always possible: the composition of the Supreme Court is subject to unanimity and other aspects are subject to the "7/50" formula. On balance, it appears that this is a question that will have to be weighed on its own merits in each case and that a general approach would not be appropriate.

The development of a consensus on these questions to address public participation and effectiveness under the amending procedure now in place could lead to the establishment of agreed practices to clarify the practical operation of the current procedure. In some cases, the practices might add new obligations not in the formal procedure (e.g., public hearings) and in others they might add more stringent constraints than those provided under the formal procedure (e.g., the ratification process in the case of all amendments to be completed within a year).

The advantage of proceeding on the basis of consensus and established practices is that one would not have to await formal amendment of the amending procedure before the new requirements became operational. On the other hand, agreements on practices can be broken and the only sanction in such cases is political: thus, they may not provide the same degree of security Canadians might prefer.

2) Formal amendment of the amending procedure

If the establishment of a consensus and new practices were not deemed adequate, another approach would be to amend the amending procedure itself. Any formal amendment of the existing procedure would, under the terms of the formula now in place, require unanimous legislative consent. One could amend the existing "legislative model" amending procedure along the lines suggested above (in the consideration of consensus and established practices) for greater clarity and certainty. All of the processes suggested above are consistent with the "legislative model" in that decision making ultimately remains in the hands of members of Parliament and of the legislative assemblies.

The amending procedure could be changed (through formal constitutional amendment) to supplement the "legislative model" with another model or, indeed, to replace it with another model. For example, the decision-making role of legislators could be shared with or transferred to the people expressing themselves through a referendum (the "referendum model"), or again the people might be called upon to select special delegates to play a decisive role in proposing amendments or in ratifying amendments (the "constituent assembly model"). Both of these models could be combined with the "legislative model" or, indeed, with each other.

Let us examine some of the questions each of these two models would raise.

a) The referendum model

Referenda or plebiscites have not had a strong tradition in Canada. Generally speaking, binding referenda on legislative questions are not legal under our current constitutional arrangements according to a decision in 1919 of the Judicial Committee of the Privy Council (Canada's court of last resort until 1949) because such a procedure would alter the role of the monarchy in Parliament and in the legislative assemblies. Such referenda could, of course, be made legal through a constitutional amendment.

While consultative referenda (which do not bind) can be held, resort to them has been infrequent. Only two have been held at the national level since 1867 – one in 1898 on prohibition and one in 1942 on conscription. In 1898, the prohibition option was supported by a narrow national majority, but overwhelmingly rejected in Quebec. In 1942, a strong national majority was prepared to relieve the Government of its anti-conscription promise, while an even stronger majority in Quebec was not. Both national consultations were difficult affairs, highlighting differences of view between Quebec and the rest of the country and, consequently, there has been a reluctance to resort to this form of popular consultation.

Referenda are not necessarily incompatible with a parliamentary system of government (although parliamentary government is based on representation of the people rather that direct popular involvement in decision making). Indeed major amendments to the constitution of Australia can only be achieved through referenda. If both houses of Parliament – or, in certain circumstances, one House – propose an amendment by an absolute majority, it must be submitted to the people for decision through a referendum. To pass, the amendment must be supported by a national majority of all the electors voting and a majority of electors voting in a majority of the states. There is a separate rule for amendments diminishing the proportionate representation of any state in either House of Parliament or the minimum number of representatives of a state in the House of Representatives, or increasing, diminishing or otherwise altering the limits of a state, or in any manner affecting the provisions of the constitution in relation thereto. In such cases, a majority of electors voting in the affected state must approve the amendment. In certain circumstances, unanimity among the states might be required.

The Australian formula does not guarantee any direct involvement of the people or, indeed, of the state governments in the determination of the content of a referendum proposal. And, in practice, amendment proposals are more frequently rejected through referenda in Australia than are adopted. The chances for adoption appear to be greatest when there is a consensus among federal and state governments on an

amendment proposal; they decline sharply when there is strong disagreement among governments.

There have been few proposals for constitutional amendment by referendum in Canada. The Pepin-Robarts Task Force on Canadian Unity recommended in January 1979 a hybrid formula for amendments. An amendment would have to be approved by simple majorities in the House of Commons and a new federal council (composed of representatives of provincial governments). The proposal would then have to be put to the population through a referendum and would have to be supported by majorities in each of four regions (Atlantic Canada, Quebec, Ontario and Western Canada) to pass.

During the constitutional debate in the summer of 1980, it was suggested that Canadians might – under certain circumstances – initiate referenda on constitutional amendments. Referenda would permit appeals to the people when legislative bodies (or governments) failed to reach agreement on an amendment.

For example, if seven provinces approved an amendment and Parliament did not, three percent of the federal electorate could initiate a national referendum on the matter; if a majority of electors voting approved, the result would be binding on Canada.

On the other hand, if Parliament approved an amendment and no province or an insufficient number of provinces approved it, three percent of the provincial electorate in each province that had not acted affirmatively could initiate a provincial referendum through a petition. If referenda were carried in a sufficient number of provinces to bring the total of assenting provinces to seven, the amendment would be adopted.

This suggestion received little attention or, indeed, support.

The unilateral patriation resolution submitted by the Government of Canada to Parliament in October 1980 also contained referenda procedures. The resolution provided that for two years after patriation, governments could continue to seek agreement on an amending formula. If agreement eluded them, but seven provinces representing 80 percent of the population agreed on a formula, a one-time referendum would be held on that formula and the preferred option of the Government of Canada. A majority of persons voting would carry the day.

The unilateral measure would also have provided for a permanent referendum procedure, but only as an appeal mechanism: if the Senate and the House of Commons approved an amendment and insufficient provinces (according to whatever formula was ultimately adopted) approved it, a referendum could be held. To pass in the referendum, the amendment would have had to be supported by a national majority of those voting and a majority of persons voting in the number of provinces required under the amending procedure.

The one-time and the permanent referenda procedures were examined during the hearings of the Special Joint Committee of the Senate and House of Commons in 1980-81, but did not elicit a great deal of attention or public support.

During the first ministers' conference of November 2-5, 1981, the Prime Minister suggested (on November 4) holding a referendum on the Charter and a separate referendum on the amending procedure. Only the Premier of Quebec supported the proposal. The premiers of Ontario and New Brunswick said they would be willing to examine the idea, but other premiers were most reluctant or strongly opposed.

On November 5, agreement was reached by all first ministers, save the Premier of Quebec, on the legislative model now in place for amending the constitution.

Nonetheless, as Australia has demonstrated, referenda can be used for constitutional amendment in a parliamentary federal system.

Among questions that would have to be answered are the following:

- The question

  Who should determine the question to be put to the people: the Government or the Parliament of Canada? Should there be provincial input or a federal-provincial agreement? Should there be public hearings on the question before the referendum is held? If so, who should organize the hearings?

- Initiation

  Who should initiate a referendum: the Government of Canada or Parliament? A combination of the provinces? A percentage of the electorate?

- Referendum rules

  Should there be rules governing the conduct of the referendum (determination of voters' lists, duration of the campaign, financing, etc.)? Who should fix those rules?

- Information

  How best could factual information be provided to electors to ensure an informed choice? (In the dying days of the Meech Lake Accord, over two thirds of Canadians identified themselves as knowing little or nothing about the Accord.) A mass mailing of an information brochure? Who should be responsible for its preparation and distribution?

- The amending formula

  What sort of a majority would be needed for an amendment proposal to pass? A simple national majority? A national majority, including a majority in a majority of provinces? A national majority and a majority in Quebec on certain issues? Would opting-out of amendments be possible under a referendum procedure? If so, under what circumstances?

In short, if one were to opt for the referendum model, there would still be a significant number of questions requiring solution.

b) The constituent assembly model

Constituent assemblies are usually specially selected bodies representative of society (in the case of unitary societies) or the constituent units of a federation chosen to meet on an exceptional basis to devise a full constitution or amendments to the constitution or to approve a constitution or a constitutional amendment.

In the case of the United States, state legislatures named the delegates to represent them at the convention (i.e., constituent assembly) in Philadelphia in May 1787. Those delegates proposed and debated the various resolutions to provide for a federal (as opposed to the existing confederal) form of government, sometimes referring matters to a committee of the convention for further examination. The final constitution approved by the convention was submitted by the Congress of the confederation government to the states for ratification by state conventions (i.e., constituent assemblies). The state legislatures set the convention dates and issued calls for the election of delegates.

The constitution that was thus adopted and came into force in 1789 provided two methods for its own future amendment:

- a constitutional amendment could be initiated either by a two thirds vote of both Houses of Congress or by a convention called by Congress on the application of the legislatures of two thirds of the states;

- an amendment is valid as part of the constitution when ratified by the legislatures of three fourths of the states or by conventions in three fourths of the states (the choice of the method of ratification is made by Congress).

The constitution provides no details on how conventions are to be constituted and this would appear to leave discretion in the hands of the legislatures.

Since 1789, all amendments to the American constitution have, in fact, been initiated by Congress and, with one exception, have been ratified by state legislatures. The one exception was the amendment to

repeal prohibition proposed by Congress to state conventions on February 20, 1933. There was some controversy on the conditions under which the state conventions would meet to consider the amendment. The exact procedure became a matter of individual state law: in some states, delegates were elected at large, in others the district system prevailed.

In most cases, people voted for candidates pledged for or against prohibition. As a result, there was little or no debate in the conventions: delegates voted as they had pledged. To the degree this happened, there was little difference between the constituent assembly approach and a referendum. The amendment carried and was proclaimed on December 5, 1933 – less than 10 months after it had been initiated.

The Charlottetown and Quebec conferences of 1864 and the London conference of 1866, which brought together delegates representing various provincial legislatures and which led to the creation of the Canadian federation, resembled constituent assemblies.

Australia experimented with an informal constituent assembly called the Australian Constitutional Convention which began its work in 1973 (it ceased to meet in the early 1980s). The Convention was composed of representatives from government and opposition benches of the federal Parliament, the state legislatures and the territories. The deliberations of the Convention did increase the level of consensus among legislators (and governments) on proposals for constitutional change and increased thereby the chances for adoption of amendments. However, the formal amendment procedure remained unchanged and public involvement remained largely a question of accepting or rejecting the proposal put to the people in a referendum.

In fact, there have been a number of proposals for a constituent assembly in Canada – including one put forward by the Canada West Foundation in 1981. The Federation of Canadian Municipalities put forward a similar proposal to the Pepin-Robarts Task Force. The convening of an ad hoc or exceptional body to debate constitutional change has certain merits. It would allow persons who would not normally be full day-to-day participants in the political process to come forward to devote their time and energies to the specific question of constitutional reform. They would not be distracted by the multiple practical, political, budgetary and constituent concerns that are the daily fare of legislators.

But there are a number of questions that would have to addressed. For example, who should choose the delegates to the constituent assembly – legislators, the electorate, specific groups (such as aboriginal peoples, Anglophones in Quebec and Francophones outside Quebec) or a combination of the foregoing?

In a national constituent convention, should there be equality of representation of the provinces, representation on the basis of population

or a compromise between those two methods? What should be the representation of the federal or national interest?

What should be the procedure within the constituent assembly for reaching decisions? A simple majority or a specially weighted majority? Would opting out be possible?

What should be the decision-making powers of the convention? Should its decisions be made binding as constitutional amendments? Should they be put to the people in a referendum? Should they be recommendations for consideration by first ministers and possible action through the legislative model?

Conclusion

Public discussion over the past three years has underlined a number of problems related to the process of constitutional amendment in Canada under the procedures now in place.

The key criticism has been that those procedures have not provided for public involvement in the examination and determination of constitutional amendment proposals prior to the formal amendment text being put forward for acceptance or rejection. Another criticism has been that the ratification process was too long. Yet again, the question of whether a government, having formally agreed to an amendment proposal, should treat the issue as a matter of confidence has been raised.

This paper has suggested some ways in which the existing formulae could be adjusted or amended to respond to problems perceived during the Meech Lake process.

Adjusting the current procedures through consensus or agreed practices is not the only solution possible. Without attempting to be exhaustive, the paper also examined the possibility of amending the amendment formulae, including an examination of two other models – the use of referenda or constituent assemblies – that could also be considered as alternative or complementary methods of amendment. If one proceeded to amend the formulae (instead of establishing a consensus or practices on matters of process), it would probably be essential that political authorities reach an initial agreement on the process that should guide any attempt to amend the amending formulae: Canadians would probably agree that independently of the final outcome, the process for changing the formulae must, itself, provide for public participation and effectiveness.

This paper has concentrated on the questions of process and efficacy raised in the wake of the failure of the Meech Lake Accord. There may well be those who feel that one or more of the amending formulae – which emerged after 50 years of debate on the issue – should be abandoned and entirely new formulae put in place. Nothing in the

mandate of the proposed special joint committee of the Senate and the House of Commons on the amending process precludes an examination of alternatives to the current formulae, nor indeed, alternative ways of bringing about changes to them. Ultimately, Canadians will ensure that the constitution they have will not prevent them from achieving the constitution they need to meet the challenge of the 21st century.

The Government hopes that this paper will stimulate public discussion and looks forward to hearing the views of Canadians.

Parliament	Ratification	Comments
House of Commons	Tabled March 17, 1983 Adopted June 29, 1983	2 days debate/Unanimous
Senate	Tabled June 27, 1983 Adopted November 3, 1983	5 days debate/Unanimous
PROVINCIAL LEGISLATIVE ASSEMBLIES		
Newfoundland	Tabled December 2, 1983 Adopted December 2, 1983	1 day debate/Unanimous
Prince Edward Island	Tabled June 16, 1983 Adopted June 16, 1983	1 day debate/Unanimous
Nova Scotia	Tabled May 31, 1983 Adopted May 31, 1983	1 day debate/Vote 36 to 4 (Initiation of Amendment)
New Brunswick	Tabled June 22, 1983 Adopted June 28, 1983	2 days debate/Vote 41 to 1
Quebec	No action	No action
Ontario	Tabled October 13, 1983 Adopted October 18, 1983	4 days debate/Unanimous
Manitoba	Tabled June 27, 1983 Adopted August 18, 1983	4 days debate/Unanimous* (*s.o. 36 adopted August 14, 1986)
Saskatchewan	Tabled November 30, 1983 Adopted November 30, 1983	1 day debate/Unanimous
Alberta	Tabled June 3, 1983 Adopted June 3, 1983	1 day debate/Unanimous
British Columbia	Tabled October 21, 1983 Adopted October 21, 1983	1 day debate/Unanimous
Proclaimed June 21, 1984		

ANNEX B

CONSTITUTION ACT, 1982

PART V

PROCEDURE FOR AMENDING CONSTITUTION OF CANADA

General procedure for amending Constitution of Canada

38. (1) An amendment to the Constitution of Canada may be made by proclamation issued by the Governor General under the Great Seal of Canada where so authorized by

(*a*) resolutions of the Senate and House of Commons; and

(*b*) resolutions of the legislative assemblies of at least two-thirds of the provinces that have, in the aggregate, according to the then latest general census, at least fifty per cent of the population of all the provinces.

Majority of members

(2) An amendment made under subsection (1) that derogates from the legislative powers, the proprietary rights or any other rights or privileges of the legislature or government of a province shall require a resolution supported by a majority of the members of each of the Senate, the House of Commons and the legislative assemblies required under subsection (1).

Expression of dissent

(3) An amendment referred to in subsection (2) shall not have effect in a province the legislative assembly of which has expressed its dissent thereto by resolution supported by a majority of its members prior to the issue of the proclamation to which the amendment relates unless that legislative assembly, subsequently, by resolution supported by a majority of its members, revokes its dissent and authorizes the amendment.

Revocation of dissent

(4) A resolution of dissent made for the purposes of subsection (3) may be revoked at any time before or after the issue of the proclamation to which it relates.

Restriction on proclamation

39. (1) A proclamation shall not be issued under subsection 38(1) before the expiration of one year from the adoption of the resolution initiating the amendment procedure thereunder, unless the legislative assembly of each province has previously adopted a resolution of assent or dissent.

Idem

(2) A proclamation shall not be issued under subsection 38(1) after the expiration of three years from the adoption of the resolution initiating the amendment procedure thereunder.

Compensation

40. Where an amendment is made under subsection 38(1) that transfers provincial legislative powers relating to education or other cultural matters from provincial legislatures to Parliament, Canada shall provide reasonable compensation to any province to which the amendment does not apply.

Amendment by unanimous consent

41. An amendment to the Constitution of Canada in relation to the following matters may be made by proclamation issued by the Governor General under the Great Seal of Canada only where authorized by resolutions of the Senate and House of Commons and the legislative assembly of each province:

(*a*) the office of the Queen, the Governor General and the Lieutenant Governor of a province;

(*b*) the right of a province to a number of members in the House of Commons not less than the number of Senators by which the province is entitled to be represented at the time this Part comes into force;

(*c*) subject to section 43, the use of the English or the French language;

(*d*) the composition of the Supreme Court of Canada; and

(*e*) an amendment to this Part.

Amendment by general procedure

42. (1) An amendment to the Constitution of Canada in relation to the following matters may be made only in accordance with subsection 38(1):

(*a*) the principle of proportionate representation of the provinces in the House of Commons prescribed by the Constitution of Canada;

(*b*) the powers of the Senate and the method of selecting Senators;

(*c*) the number of members by which a province is entitled to be represented in the Senate and the residence qualifications of Senators;

(*d*) subject to paragraph 41(d), the Supreme Court of Canada;

(*e*) the extension of existing provinces into the territories; and

(*f*) notwithstanding any other law or practice, the establishment of new provinces.

Exception

(2) Subsections 38(2) to (4) do not apply in respect of amendments in relation to matters referred to in subsection (1).

Amendment of provisions relating to some but not all provinces

43. An amendment to the Constitution of Canada in relation to any provision that applies to one or more, but not all, provinces, including

(*a*) any alteration to boundaries between provinces, and

(*b*) any amendment to any provision that relates to the use of the English or the French language within a province,

may be made by proclamation issued by the Governor General under the Great Seal of Canada only where so authorized by resolutions of the Senate and House of Commons and of the legislative assembly of each province to which the amendment applies.

Amendments by Parliament

44. Subject to sections 41 and 42, Parliament may exclusively make laws amending the Constitution of Canada in relation to the executive government of Canada or the Senate and House of Commons.

Amendments by provincial legislatures

45. Subject to section 41. the legislature of each province may exclusively make laws amending the constitution of the province.

Initiation of amendment procedures

46. (1) The procedures for amendment under sections 38, 41, 42 and 43 may be initiated either by the Senate or the House of Commons or by the legislative assembly of a province.

Revocation of authorization

(2) A resolution of assent made for the purposes of this Part may be revoked at any time before the issue of a proclamation authorized by it.

Amendments without Senate resolution

47. (1) An amendment to the Constitution of Canada made by proclamation under section 38, 41, 42 or 43 may be made without a resolution of the Senate authorizing the issue of the proclamation if, within one hundred and eighty days after the adoption by the House of Commons of a resolution authorizing its issue, the Senate has not adopted such a resolution and if, at any time after the expiration of that period, the House of Commons again adopts the resolution.

Computation of period

(2) Any period when Parliament is prorogued or dissolved shall not be counted in computing the one hundred and eighty day period referred to in subsection (1).

Advice to issue proclamation

48. The Queen's Privy Council for Canada shall advise the Governor General to issue a proclamation under this Part forthwith on the adoption of the resolutions required for an amendment made by proclamation under this Part.

Constitutional conference

49. A constitutional conference composed of the Prime Minister of Canada and the first ministers of the provinces shall be convened by the Prime Minister of Canada within fifteen years after this Part comes into force to review the provisions of this Part.

LA MODIFICATION DE LA CONSTITUTION DU CANADA

DOCUMENT DE TRAVAIL

Gouvernement du Canada
Bureau des relations fédérales-provinciales

Government of Canada
Federal-Provincial Relations Office

Pensez à recycler !

Think Recycling!

© Ministre des Approvisionnements et Services Canada 1990
N° de catalogue CP 43-4/1990
ISBN 0-662-58009-5

TABLE DES MATIÈRES

Objet 1

Constitutions et modifications constitutionnelles 1

Les origines de la procédure de modification de la Constitution canadienne 3

La procédure actuelle de modification 7

Les manières possibles de modifier la Constitution 11

1) Consensus et usages établis concernant le processus dans le contexte du modèle législatif 12

2) Changement officiel de la procédure de modification 16

a) Le modèle référendaire 16

b) Le modèle d'assemblée constituante 20

Conclusion 22

Annexe A 24

Annexe B 25

LA MODIFICATION DE LA CONSTITUTION DU CANADA

Objet

Le débat entourant l'Accord du lac Meech a provoqué une sérieuse remise en question sur la formule actuelle de modification de la Constitution canadienne. Cette remise en question portait non seulement sur la nécessité d'une participation de la population au processus de modification, mais aussi sur l'efficacité de la procédure actuelle.

L'objet du présent document est de susciter des échanges d'opinions au sein du public, d'expliquer comment la procédure actuelle a vu le jour, d'analyser cette procédure, d'examiner certaines solutions de rechange susceptibles d'accroître la participation du public au processus de modification et d'améliorer procédure.

Constitutions et modifications constitutionnelles

La constitution d'un pays sert de cadre de travail à sa vie politique. Elle définit et façonne les principales institutions du gouvernement et précise les relations qu'elles ont entre elles. Elle peut aussi s'occuper explicitement des rapports entre l'État, d'une part, et les particuliers ou les collectivités, d'autre part, en définissant les pouvoirs et les obligations du premier, ainsi que les droits et responsabilités des seconds.

L'un des rôles d'une constitution est d'éliminer le plus possible l'arbitraire et l'incertitude de l'action gouvernementale et d'assurer une certaine prévisibilité dans la vie politique. Pour obtenir une stabilité constitutionnelle, il doit être plus difficile de changer la constitution que de modifier des lois ordinaires, ce qui peut se faire par une simple majorité législative.

Dans un État unitaire, les modifications à la constitution peuvent être assujetties à une procédure extraordinaire, par exemple un référendum, qui peut elle-même être sujette à un type particulier de majorité. Dans un État fédéral, la question est plus complexe, car, outre ses autres fonctions, la constitution doit également servir à répartir les pouvoirs entre le gouvernement central et les gouvernements régionaux. Dans une fédération, il est juste que la procédure de modification de la constitution soit structurée de manière que les questions d'intérêt fondamental pour les parties constituantes ne puissent être changées sans leur consentement.

La procédure de modification d'une constitution fédérale vise à garantir un niveau élevé de stabilité et à protéger les intérêts qui ont donné naissance à une fédération plutôt qu'à un État unitaire. On atteint ce but en rendant tout changement difficile. Mais, si la procédure

présente trop de difficultés, il y a un risque de rigidité qui rend impossible l'adaptation de la constitution aux circonstances nouvelles; d'autre part, si la procédure est trop facile, il y a un risque d'instabilité et de vulnérabilité.

L'un des principaux objectifs, en dressant une constitution fédérale, est de trouver un juste équilibre entre la stabilité et la souplesse.

Pour les raisons que nous verrons, ce n'est qu'en 1982 que le Canada a arrêté sa propre procédure globale de modification de la Constitution. Nous n'avons donc qu'une expérience limitée de cette procédure qui, cependant, a fait l'objet de nombreuses discussions au cours des trois dernières années.

Deux questions fondamentales sont ressorties de ces discussions : le besoin d'une participation du public au processus et l'efficacité de ce processus pour apporter une modification à la Constitution.

On pourrait envisager deux démarches fondamentales en vue d'améliorer le processus de modification de la Constitution au Canada :

- la première consisterait à établir un consensus sur des mesures pouvant compléter la procédure législative actuelle, de façon à régler les questions de participation publique et d'efficacité sans modifier la Constitution écrite;

- la seconde consisterait, pour régler ces même questions, à modifier la procédure de modification comprise dans la Constitution, c'est-à-dire :

  - de constitutionnaliser le consensus sur les mesures destinées à compléter les procédures législatives en place, ou

  - de créer un amalgame réunissant les procédures législatives en place (ou une variante) et certaines procédures entièrement nouvelles (comme une assemblée constituante), ou

  - de remplacer les procédures législatives en place par quelque chose de totalement différent (comme un référendum ou une assemblée constituante).

Ce document soulève un certain nombre de questions et examine diverses propositions sans être exhaustif, sans présenter toutes les permutations et combinaisons possibles, ni privilégier quelque solution que ce soit. Il se peut très bien que les idées exposées ici en fassent naître d'autres et que les Canadiens finissent par s'entendre sur un processus qui n'y est pas examiné comme tel. Si c'est le cas, ce document aura alors atteint son but.

Avant d'étudier les solutions de rechange, il serait bon de situer la question dans son contexte en exposant les origines de la procédure de modification et l'expérience acquise dans le cadre de l'utilisation de la procédure actuelle.

Les origines de la procédure de modification de la Constitution canadienne

Lorsque le Canada a véritablement acquis son indépendance du Royaume-Uni par la publication du rapport Balfour, en 1926, on ne s'était entendu au Canada sur aucune formule permettant de modifier la Constitution – ce pouvoir demeurait donc aux mains du Parlement du Royaume-Uni.

Par la suite et jusqu'en 1982, un certain nombre de modifications ont été apportées à la Constitution du Canada par cette voie, notamment le transfert au Parlement fédéral de la compétence des provinces en matière d'assurance-chômage (1940) et le partage des pouvoirs relatifs aux pensions de vieillesse (1951) et aux pensions supplémentaires de vieillesse (1964). C'est le Parlement du Royaume-Uni qui a adopté ces trois modifications une fois que les gouvernements fédéral et provinciaux les eurent approuvées à l'unanimité.

Une importante question s'est posée durant cette période : comment peut-on allier les éléments de stabilité et de souplesse dans une formule de modification qui permette de rapatrier la Constitution de Grande-Bretagne? On a tenté à de nombreuses reprises de s'entendre sur une formule de modification, parfois de façon ponctuelle, parfois dans un cadre plus large de mesures touchant la Constitution (1927, 1935-1936, 1950, 1960-1961, 1964, 1968-1971, 1975-1976, 1978-1979, 1980 et 1981). Les premiers ministres du Canada et des provinces ne sont parvenus qu'à deux reprises à une entente de principe unanime sur une procédure de modification, en tant qu'élément d'une proposition de rapatriement :

- en 1964, ils se sont entendus sur la formule Fulton-Favreau, selon laquelle l'unanimité aurait été nécessaire pour toute modification majeure, mais qui comportait également une procédure souple permettant le transfert de pouvoirs législatifs entre les deux ordres de gouvernement;

- en 1971, ils se sont entendus sur la formule de modification de Victoria, qui était assortie d'un droit de veto des quatre « régions » (Atlantique, Québec, Ontario et Ouest) en ce qui a trait aux modifications importantes.

Réflexion faite, le gouvernement du Québec a décidé chaque fois de ne pas soumettre la proposition de rapatriement à l'approbation de l'Assemblée nationale.

Au cours des années suivantes, le débat entourant le rapatriement a continué de graviter autour de la formule de modification de Victoria. Selon cette formule, la plupart des modifications importantes auraient nécessité l'assentiment du Sénat, de la Chambre des communes, de deux des quatre assemblées législatives de la région de l'Atlantique, de l'assemblée législative du Québec, de l'assemblée législative de l'Ontario et de deux des assemblées législatives de l'Ouest canadien représentant au moins 50 p. 100 de la population de cette région. Cette restriction d'ordre démographique touchant l'Ouest canadien visait à reconnaître le poids démographique de la Colombie-Britannique au sein de cette région. Il n'était donc possible d'apporter une modification sans l'appui de cette province que si les trois autres provinces de l'Ouest y consentaient. Le rôle actuel du Sénat dans le processus de modification se serait limité à un veto suspensif d'une durée de trois mois.

Au cours des discussions fédérales-provinciales touchant le rapatriement tenues en 1975-1976, 1978-1979 et 1980, la procédure de modification de Victoria est demeurée la solution privilégiée par le gouvernement du Canada. Cependant, dès octobre 1976, l'Alberta s'est dite d'avis que cette procédure ne devait enlever aux provinces, quelles qu'elles soient et sans leur assentiment, aucun droit de propriété ou autre droit ni aucun pouvoir. Elle est en outre devenue convaincue que la procédure devait traduire le principe de l'égalité des provinces et non le droit de veto des régions. En 1980, deux procédures de modification étaient à l'étude : celle mise au point par l'Alberta et celle de Victoria.

À la suite de l'échec des discussions constitutionnelles tenues par les divers gouvernements en septembre 1980, le gouvernement du Canada a déposé devant la Chambre des communes, le 6 octobre suivant, une mesure législative visant à rapatrier unilatéralement la Constitution, à apporter à cette dernière certaines modifications de fond (dont l'enchâssement d'une Charte des droits) et à mettre en place un dispositif complexe qui aurait abouti, au bout de deux ans, à l'adoption d'une formule de modification permanente.

Une fois le rapatriement effectué, l'unanimité aurait été nécessaire pour modifier la Constitution durant une période provisoire d'une durée maximale de deux ans. Durant cette période, les gouvernements auraient pu tenter d'adopter à l'unanimité une formule de modification, à défaut de quoi, si sept provinces représentant 80 p. 100 de la population s'étaient entendues sur une formule de rechange, cette dernière ainsi que la formule de Victoria (ou toute autre procédure privilégiée par le gouvernement du Canada) auraient été soumises à la population par voie référendaire. Cependant, à défaut d'entente unanime sur une formule de rechange ou si l'on n'avait pas tenu de référendum, la procédure de modification de Victoria – qui était énoncée dans la résolution unilatérale – serait entrée en vigueur d'office après l'expiration du délai de deux ans. Inutile de dire que de telles dispositions ont amené la population à examiner de près la procédure de Victoria.

Deux provinces, l'Ontario et le Nouveau-Brunswick, ont appuyé l'initiative unilatérale du gouvernement du Canada. Celui-ci, devant la vive opposition de la majorité des provinces représentant la majorité de la population du Canada, décida – pour la première fois dans l'histoire de notre pays – de faire participer les Canadiens au processus de modification de la Constitution au moyen d'audiences publiques télévisées tenues par un comité spécial mixte du Sénat et de la Chambre des communes. Les audiences ont commencé le 6 novembre 1980 et se sont terminées le 9 février 1981.

Vers la fin des débats parlementaires sur la résolution constitutionnelle, les huit premiers ministres provinciaux opposés à l'initiative unilatérale ont conclu, le 16 avril 1981, un accord autorisant le rapatriement de la Constitution si cette mesure se limitait à l'enchâssement d'une formule de modification de rechange fondée sur la proposition faite en 1980 par l'Alberta et si toute autre modification constitutionnelle, y compris l'adoption d'une Charte canadienne des droits et libertés, était reportée à plus tard, soit après le rapatriement, et était astreinte à la nouvelle procédure de modification. La proposition comprenait aussi des dispositions permettant la délégation de pouvoirs législatifs entre les deux ordres de gouvernement.

La nouvelle procédure proposée par les premiers ministres provinciaux était assez complexe :

- la plupart des modifications d'ordre général à la Constitution auraient nécessité l'assentiment du Sénat, de la Chambre des communes et des assemblées législatives des deux tiers des provinces représentant au moins 50 p. 100 de la population de l'ensemble des provinces;

- cependant, si une modification générale avait dérogé aux pouvoirs législatifs, aux droits de propriété ou à tout autre droit ou privilège de la législature ou du gouvernement d'une province, l'assemblée législative aurait pu exercer son droit de retrait et soustraire ainsi la province en cause à l'application de cette modification;

- de plus, si une province s'était soustraite à l'application d'une modification attribuant au Parlement des pouvoirs législatifs, le Canada lui aurait versé une compensation raisonnable;

- les modifications aux dispositions applicables à une ou plusieurs provinces, mais non à l'ensemble d'entre elles, auraient nécessité l'assentiment du Sénat, de la Chambre des communes et de l'assemblée législative de chaque province à laquelle les modifications se seraient appliquées;

- auraient été assujetties à la règle des deux tiers/50 p. 100 et dépourvues du droit de retrait les modifications ayant trait aux éléments suivants :

  - le principe de la représentation proportionnelle des provinces à la Chambre des communes;

  - les pouvoirs du Sénat et le mode de sélection des sénateurs;

  - le nombre des sénateurs par lesquels une province est habilitée à être représentée et les conditions de résidence qu'ils doivent remplir;

  - la Cour suprême du Canada (sauf pour ce qui est de sa composition);

  - le rattachement aux provinces existantes de tout ou partie des territoires;

  - par dérogation à toute autre loi ou usage, la création de nouvelles provinces;

- une entente unanime aurait été nécessaire pour les modifications ayant trait aux points suivants :

  - la charge de Reine, de gouverneur général ou de lieutenant-gouverneur;

  - le droit d'une province d'avoir à la Chambre des communes un nombre de députés au moins égal à celui des sénateurs représentant cette province au moment du rapatriement;

  - l'usage de l'anglais ou du français (sauf pour ce qui est des dispositions applicables à une ou plusieurs provinces, mais non à toutes);

  - la composition de la Cour suprême du Canada;

  - la procédure de modification de la Constitution.

Dans tous ces cas, le rôle du Sénat devait être restreint à un veto suspensif d'une durée de six mois.

Par conséquent, la procédure proposée par les huit provinces n'était pas « une formule de modification », mais bien plusieurs formules, y compris une disposition exigeant l'unanimité pour certaines catégories de modification. Le gouvernement fédéral n'était pas d'accord pour effectuer le rapatriement à ces conditions et pour laisser à plus tard l'étude d'autres questions comme l'enchâssement d'une charte des droits.

À la suite de la décision rendue le 28 septembre 1981 par la Cour suprême du Canada – selon laquelle le rapatriement unilatéral était jugé légal mais contraire à la convention constitutionnelle exigeant l'assentiment d'un nombre important de provinces dans le cas des modifications touchant les relations fédérales-provinciales – le Premier ministre du Canada a tenu une Conférence des premiers ministres le 2 novembre 1981.

Le 5 novembre 1981, les premiers ministres du Canada et de toutes les provinces, sauf le Québec, se sont entendus sur une formule de rapatriement destinée à permettre, entre autres, de constitutionnaliser la Charte canadienne des droits et libertés (en assujettissant toutefois les libertés fondamentales, les droits légaux et les droits à l'égalité à une « clause nonobstant », disposition qui n'avait pas été discutée au cours des audiences publiques de 1980-1981).

Cette formule devait permettre de mettre en place la procédure de modification proposée par huit premiers ministres le 16 avril 1981 (sans, cependant, la disposition de compensation prévue en cas de retrait, quoiqu'une disposition de compensation limitée sur le transfert au Parlement des pouvoirs des provinces en matière d'éducation et d'autres domaines culturels ait été ajoutée peu de temps après, avec l'accord du Premier ministre du Canada et de tous les premiers ministres, sauf celui du Québec). On laissa tomber les dispositions relatives à la délégation de pouvoirs législatifs entre les deux ordres de gouvernement.

Un ensemble de dispositions de rapatriement, sensiblement différent de ce dont on avait parlé aux audiences de 1980-1981 (il comportait maintenant la « clause nonobstant » et une nouvelle formule de modification), a donc été présenté à la Chambre des communes le 20 novembre 1981, puis adopté le 2 décembre suivant. Il a ensuite été présenté au Sénat le 3 décembre et adopté le 8 décembre 1981. Ce nouvel ensemble de dispositions n'a pas fait l'objet d'audiences publiques. Aucune assemblée législative (sauf celle de l'Alberta, qui a examiné l'entente du 5 novembre pendant une journée, le 10 novembre) n'a étudié ces dispositions ou tenu d'audiences publiques à ce sujet, ni ne les a autorisées. Le 29 mars 1982, le Parlement du Royaume-Uni a adopté la *Loi de 1982 sur le Canada*. Aux termes de cette loi, la *Loi constitutionnelle de 1982* a été promulguée le 17 avril 1982 à Ottawa.

La procédure actuelle de modification

Après le rapatriement, l'utilisation pratique de la nouvelle formule de modification a soulevé un certain nombre de questions auxquelles la formule elle-même ne répond pas. Ainsi, alors qu'une modification peut être présentée au Sénat, à la Chambre des communes ou à n'importe quelle assemblée législative, nulle part n'est-il précisé comment s'y prendre pour obtenir l'assentiment nécessaire des corps législatifs quant à la forme et au fond d'une modification.

Les tentatives infructueuses en vue de faire inscrire les droits de propriété dans la Constitution par les assemblées législatives de la Colombie-Britannique (en septembre 1982), du Nouveau-Brunswick (en juin 1983), et de l'Ontario (en novembre 1986) ont clairement fait ressortir que, aux termes de la formule actuelle, sans un accord préalable entre les premiers ministres provinciaux, aucune action unilatérale de la part d'un corps législatif n'aurait de grandes chances de recueillir l'approbation nécessaire des autres corps législatifs et d'aboutir à la proclamation d'une modification.

Par ailleurs, la formule de modification a été employée avec succès à la suite de la Conférence des premiers ministres sur les questions constitutionnelles intéressant les autochtones, tenue les 15 et 16 mars 1983. Aucune audience publique n'avait précédé cette rencontre. On leur avait préféré une série de réunions préparatoires privées de hauts fonctionnaires, de ministres et de représentants des peuples autochtones et des territoires. On s'est alors entendu sur une modification, avec la participation et l'appui de représentants des peuples autochtones du Canada et des territoires – participation prescrite dans la Constitution. Afin d'autoriser la *Proclamation de 1983 modifiant la Constitution*, le Sénat, la Chambre des communes et au moins les deux tiers des assemblées législatives représentant au moins 50 p. 100 de la population de toutes les provinces devaient se prononcer.

Comme on peut le voir dans le tableau de l'annexe A, la durée des débats sur la résolution portant modification a varié entre un maximum de cinq jours au Sénat et un minimum d'une journée en Nouvelle-Écosse, en Alberta, en Saskatchewan, à l'Île-du-Prince-Édouard, à Terre-Neuve et en Colombie-Britannique. En aucun cas n'y a-t-on tenu des audiences publiques. Bien qu'il soit requis, dans la procédure de modification, de faire autoriser les modifications par les corps législatifs (et non par la voie d'une intervention du pouvoir exécutif), on n'y retrouve aucune disposition relative aux audiences publiques.

Si les gouvernements ne sont pas tenus, en principe et en droit, de coordonner leurs activités concernant les modifications de la Constitution, le manque de coordination des modifications suggérées relativement aux droits de propriété a montré combien il est difficile d'approuver un même texte de modification dans une forme juridique correcte sans consultations intergouvernementales préalables.

L'article 37 de la *Loi constitutionnelle de 1982* atteste d'une reconnaissance du « fédéralisme exécutif ». Il oblige le Premier ministre du Canada à convoquer une conférence où les premiers ministres provinciaux et lui-même examineront les questions constitutionnelles touchant les peuples autochtones du Canada, et à inviter des représentants des peuples autochtones et des territoires à participer à l'examen des questions qui les intéressent directement.

La reconnaissance du fédéralisme exécutif a encore été renforcée par l'article 49 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, selon lequel le Premier ministre du Canada est tenu de convoquer avant le 17 avril 1997 une conférence des premiers ministres provinciaux en vue du réexamen de la procédure de modification. [Prière de vous reporter à l'annexe B sur la « Procédure de modification de la Constitution du Canada », qui est énoncée à la partie V (articles 38-49) de la *Loi constitutionnelle de 1982*.]

La deuxième fois que la procédure de modification a été utilisée avec succès fut lorsque les gouvernements du Canada et de Terre-Neuve se sont consultés et entendus au sujet d'une modification bilatérale (article 43) touchant le droit aux écoles confessionnelles des Assemblées de la Pentecôte de Terre-Neuve. La *Modification constitutionnelle de 1987 (Loi sur Terre-Neuve)* a été présentée à l'assemblée législative de cette province le 10 avril 1987 et adoptée le même jour. Aucune audience publique n'a eu lieu. Cette modification a été présentée à la Chambre des communes le 23 juin 1987 et adoptée le même jour. Elle a par la suite été renvoyée au Sénat où elle a été adoptée le 30 juin après deux jours de débat. Il n'y a pas eu d'audience publique au sujet de cette modification à Ottawa.

On a tenté une troisième fois de recourir à la formule de modification lorsque les premiers ministres du Canada et des provinces ont conclu à l'unanimité, le 30 avril 1987 au lac Meech, une entente de principe visant une série de propositions de modification. Ces propositions étaient fondées sur les cinq questions constitutionnelles énoncées par le Parti libéral du Québec dans le programme politique intitulé *Maîtriser l'avenir* qu'il avait étudié et adopté en février 1985 en vue de l'élection générale tenue ultérieurement cette année-là.

À Mont-Gabriel, en mai 1986, le ministre québécois délégué aux Affaires intergouvernementales canadiennes, M. Gil Rémillard, a déclaré que le Québec était prêt à réintégrer le giron constitutionnel si l'on pouvait modifier la Constitution du Canada de façon à satisfaire aux cinq points énoncés dans *Maîtriser l'avenir*. Tous les premiers ministres provinciaux ont convenu, à Edmonton en août 1986, que la réintégration du Québec, sur la base des cinq points que celui-ci avait formulés, était leur priorité sur le plan constitutionnel et qu'ils s'attaqueraient par la suite à d'autres questions telles la réforme du Sénat. Tous les premiers ministres provinciaux ont adopté cette position à leur conférence sur l'économie, tenue en novembre cette année-là.

À la suite de consultations bilatérales effectuées au niveau des ministres et des hauts fonctionnaires, une réunion multilatérale de hauts fonctionnaires a eu lieu les 5 et 6 mars 1987. Le Premier ministre du Canada en est alors venu à la conclusion que les ministres et les hauts fonctionnaires étaient allés aussi loin qu'ils le pouvaient sans une intervention de fond de la part des premiers ministres du Canada et des provinces, et il a convoqué la réunion du lac Meech pour le 30 avril.

L'entente de principe conclue à l'unanimité au lac Meech a fourni le fondement nécessaire à l'élaboration de textes juridiques par les hauts fonctionnaires, au cours du mois suivant. Elle a également fourni le fondement nécessaire aux audiences publiques que l'Assemblée nationale du Québec a tenues en mai avant la réunion qui a eu lieu à l'édifice Langevin les 2 et 3 juin 1987 et qui a abouti à l'entente unanime conclue par les premiers ministres du Canada et des provinces sur un texte juridique depuis lors connu sous le nom d'Accord du lac Meech.

Tous les premiers ministres provinciaux ont accepté de présenter « le plus tôt possible » à leur corps législatif respectif la résolution autorisant la *Modification constitutionnelle de 1987*. La présomption que l'Accord serait adopté et promulgué rapidement était renforcée par une de ses dispositions qui prescrivait la convocation d'une conférence constitutionnelle en 1988, voire par le titre même de la modification proposée.

Le processus de ratification prévu par la procédure législative en place a commencé par l'adoption de la résolution constitutionnelle du lac Meech par l'Assemblée nationale du Québec le 23 juin 1987. Des audiences publiques ont par la suite eu lieu à Ottawa, à Toronto et à Charlottetown. Une critique fréquemment formulée au cours des audiences est que la résolution a été présentée au public comme un « fait accompli » et que son examen visait davantage à un examen approfondi qu'à un véritable débat sur des solutions de rechange.

Après douze mois et demi d'existence, la résolution constitutionnelle avait été autorisée par la Chambre des communes (deux fois) et par huit des dix assemblées législatives provinciales (les deux abstentions étant celles du Manitoba et du Nouveau-Brunswick), ce qui représentait plus de 93 p. 100 de la population canadienne. Un nouveau gouvernement avait été élu au Nouveau-Brunswick en octobre 1987 (voir plus bas). Au Manitoba, le premier ministre a décidé de ne pas soumettre l'Accord à sa législature après que le gouvernement du Canada eut résolu d'aller de l'avant avec l'Accord de libre-échange. Dans une déclaration rendue publique par son cabinet le 18 décembre 1987, le premier ministre Pawley a déclaré que l'Accord de libre-échange minait sensiblement la bonne volonté et les efforts d'édification de la nation entrepris dans l'Accord du lac Meech, et que c'est la question du libre-échange, et non celle du lac Meech, qui devait être au tout premier rang des priorités. Aussi le premier ministre Pawley a-t-il décidé de mettre en veilleuse l'Accord du lac Meech.

Certains étaient d'avis que les parties de la résolution où était exigé l'appui de seulement sept provinces représentant au moins 50 p. 100 de la population auraient dû être « dissociées » des parties de l'annexe requérant l'unanimité et être proclamées sur-le-champ. Le gouvernement du Canada, toutefois, estimait que les résolutions (qui traduisaient l'intention du législateur) autorisaient la proclamation globale de l'ensemble de l'annexe et que les modifications qui y figuraient ne

pouvaient donc pas être dissociées. Toutes les assemblées provinciales devraient donc approuver l'annexe en entier avant que l'on puisse proclamer quelque modification que ce soit.

Au cours de la période maximale de ratification de trois ans, trois provinces se sont donné un nouveau gouvernement : le Nouveau-Brunswick (en octobre 1987), le Manitoba (en avril 1988) et Terre-Neuve (en avril 1989). Dans chaque cas, le nouveau gouvernement a formulé des objections à l'égard du fond de la résolution constitutionnelle et du processus. Des audiences publiques ont eu lieu au Nouveau-Brunswick et au Manitoba, tandis qu'à Terre-Neuve, la résolution adoptée le 7 juillet 1988 a été abrogée le 6 avril 1990. La résolution d'abrogation n'a pas fait l'objet d'audiences publiques.

Au début de juin 1990, une réunion des premiers ministres a eu lieu à Ottawa-Hull afin de déterminer les conditions permettant de mener à bonne fin le processus de ratification. Une entente conclue par tous les premiers ministres a été signée le 9 juin 1990. Aux termes de cette entente, les premiers ministres du Nouveau-Brunswick, du Manitoba et de Terre-Neuve se sont engagés à soumettre la *Modification constitutionnelle de 1987* à « l'examen législatif ou public voulu et à tout mettre en oeuvre afin qu'une décision soit prise avant le 23 juin 1990 ». Par la suite, l'Accord du lac Meech a été approuvé par l'assemblée législative du Nouveau-Brunswick, mais les assemblées du Manitoba et de Terre-Neuve n'ont pas accordé leur autorisation.

Les manières possibles de modifier la Constitution

La *Loi constitutionnelle de 1982* comprenait donc un « modèle législatif » de réforme constitutionnelle qui pouvait être mis en oeuvre par un fédéralisme exécutif. L'intervention du Sénat, de la Chambre des communes et des assemblées législatives d'un nombre précis de provinces afin de donner à toute proposition constitutionnelle la force de loi souhaitée a envisagé, dans certains cas et dans le contexte des usages canadiens, l'institution de conférences des premiers ministres qui, pour certaines questions préétablies, exigeraient la participation de représentants des peuples autochtones et des territoires.

Le « modèle législatif », ainsi qu'il existe actuellement au Canada, pourrait être modifié au moyen d'un consensus, d'un usage déjà établi, voire d'une modification de la Constitution pour régler les questions de la participation du public et de l'efficacité. Il pourrait aussi être complété, voire remplacé par une autre méthode comme :

- le « modèle référendaire », soit une décision prise directement par la population; ou
- le « modèle d'assemblée constituante », soit la prise de décision par un corps spécial choisi pour représenter la population.

Ces modèles ne s'excluent pas nécessairement l'un l'autre. Par exemple, en Australie, le Parlement détermine s'il y a lieu de soumettre à la population une proposition de modification constitutionnelle et le moment où cette consultation doit se faire, et c'est lui qui décide de la teneur de la proposition; cependant, c'est la population qui en décide par voie référendaire.

Voyons tout d'abord comment le « modèle législatif » actuellement en place pourrait être modifié ou complété au moyen du consensus ou des usages établis, de façon à régler les questions de participation du public et d'efficacité. Nous pourrons ensuite examiner la façon dont la procédure de modification actuellement en place pourrait être officiellement modifiée pour répondre à ces préoccupations, y compris la possibilité de compléter le « modèle législatif » ou de lui substituer des solutions de rechange comme le « modèle référendaire » ou le « modèle d'assemblée constituante ».

1) Consensus et usages établis concernant le processus dans le contexte du modèle législatif

Le Canada est doté d'un système parlementaire de gouvernement à la fois représentatif et responsable. Ce système est dit représentatif parce que les Canadiens élisent des députés fédéraux et provinciaux pour les représenter au sein des appareils national et provinciaux de prise de décisions et poser des jugements en leur nom. Il est dit responsable parce que le gouvernement du Canada et les gouvernements provinciaux doivent rendre compte aux représentants élus de la conduite des affaires publiques et qu'ils doivent démissionner ou demander un nouveau mandat s'ils perdent la confiance de ces représentants.

Étant donné le rôle important que jouent la Chambre des communes et les assemblées législatives dans la conduite des affaires publiques du Canada, il n'est pas surprenant qu'on ait choisi un modèle législatif de modification constitutionnelle au moment du rapatriement. L'expérience vécue, entre 1982 et 1986, par certains corps législatifs au sujet de résolutions relatives aux droits de propriété ont fait ressortir très clairement l'intérêt pour les gouvernements de se consulter mutuellement et de s'entendre au préalable pour établir un consensus sur la forme et le fond de toute modification si l'on veut que celle-ci ait quelque chance de succès.

L'expérience du lac Meech a soulevé d'autres questions importantes au chapitre du processus. Par exemple, dans le contexte du modèle législatif, quel est le meilleur moyen de faire participer la population? Dans le cas du Québec, une telle participation a eu lieu; des audiences ont été tenues par une commission de l'Assemblée nationale sur l'entente de principe intervenue au lac Meech avant que les gouvernements ne se réunissent à l'édifice Langevin afin de s'entendre sur le texte juridique de la modification proposée. Aucun autre corps législatif n'a emboîté le pas.

Quant à savoir si tous les corps législatifs pourraient suivre ce précédent, cela est discutable. Il pourrait même être utile d'établir un organe spécial comprenant des représentants du parti au pouvoir et de l'opposition de tous les corps législatifs; cela pourrait contribuer à sensibiliser les législateurs fédéraux et provinciaux aux préoccupations des citoyens de toutes les régions du pays.

Une fois conclue l'entente intervenue à l'édifice Langevin le 3 juin 1987, le processus de ratification législative s'amorça. L'Assemblée nationale du Québec autorisa la *Modification constitutionnelle de 1987* le 23 juin et la Saskatchewan, la Chambre des communes et l'Alberta firent de même dans les six mois qui suivirent. Si l'on avait apporté quelque changement que ce soit à la forme ou au fond de la modification proposée, l'Assemblée nationale (ou toute autre assemblée législative qui avait déjà autorisé la modification) aurait dû abroger sa résolution antérieure et réexaminer la modification dans sa nouvelle version. Cela aurait pu aboutir à une série sans fin de « nouvelles » présentations de la modification, chaque assemblée législative changeant la résolution antérieure : il est peu probable qu'il ait jamais été possible de résoudre la question.

Les premiers ministres du Canada et des provinces ont donc convenu que l'objet des audiences publiques serait de déterminer si l'Accord contenait quelque erreur fondamentale et d'identifier d'autres questions qui devraient faire l'objet de futures modifications constitutionnelles. Cette décision a été qualifiée par plusieurs d'antidémocratique. Cependant, ce type de procédure fait partie intégrante de la réforme constitutionnelle dans d'autres pays. Selon le modèle législatif américain par exemple, lorsque les deux tiers des deux Chambres du Congrès présentent une modification, les trois quarts des législatures des États (nombre requis pour la ratification) doivent trancher la question suivante : faut-il appuyer la modification (en dépit de ses faiblesses) ou la rejeter (malgré les avantages qu'elle présente)?

De même, une fois que le Parlement australien décide qu'une proposition de modification doit être soumise à la population par voie référendaire, il ne peut plus être question de la modifier : la population ne peut que l'accepter ou la rejeter.

Dans notre système parlementaire fédéral, une certaine forme de consultation du pouvoir exécutif au sujet des propositions de modification peut s'avérer nécessaire afin de susciter des circonstances propices à leur ratification législative. Cependant, si l'on veut permettre que la population participe véritablement à l'examen du fond de la modification, on doit également prévoir la possibilité d'un apport du public et d'une discussion en profondeur au départ. On peut se demander si des audiences nationales tenues par la Chambre des communes (peut-être avec le Sénat) seraient souhaitables ou s'il serait préférable que des audiences soient tenues également par la plupart des assemblées provinciales, sinon par toutes. On peut aussi se demander comment les

groupes d'intérêt qui n'ont pas de rôle officiel à jouer dans la procédure de modification pourraient participer de façon significative au processus.

Une autre question se pose : des audiences devraient-elles avoir lieu après qu'on s'est entendu sur un texte légal précis? Si l'on en tient, il est difficile de voir comment peuvent se faire les concessions et les compromis inhérents à toute négociation si les négociateurs soupçonnent que l'entente peut être rouverte et qu'il faudra peut-être faire de nouvelles concessions. Une situation qui est particulièrement délicate et qui peut vraisemblablement nuire au processus de négociation est celle où quelques premiers ministres, mais non pas tous, déclarent qu'ils ne peuvent que conclure une entente qui devra ultérieurement faire l'objet d'audiences publiques. La tenue d'audiences dès le début, portant peut-être sur les principes, avant que ne soit conclue aucune entente sur la forme et le fond paraît préférable.

Une autre question soulevée par le dossier du lac Meech est de savoir si le délai prévu pour l'examen et la ratification des propositions de modification de la Constitution ne devrait pas être beaucoup plus court. Au cours du délai maximal de trois ans imparti actuellement pour la ratification des modifications nécessitant l'assentiment du Sénat, de la Chambre des communes et des deux tiers des assemblées législatives représentant au moins 50 p. 100 de la population (la règle des « 7/50 »), des élections ont forcément lieu, de nouveaux gouvernements peuvent accéder au pouvoir, les règles de la « politique partisane » suivront leur cours et des problèmes et des événements sans grande portée peuvent survenir; tous ces faits, même s'ils n'ont aucun lien légal avec le projet de modification, peuvent changer les attitudes et faire avorter le processus de ratification.

Étant donné que le Parlement et les législatures siègent chaque année, le processus de ratification devrait peut-être être limité à une année, surtout si la population a amplement la chance de s'exprimer au cours d'audiences sur les principes qui sous-tendent la modification proposée avant qu'un premier corps législatif n'ait lancé le processus de ratification en adoptant le texte juridique. Il n'y a actuellement aucune limite de temps pour ratifier des modifications bilatérales et des modifications exigeant l'unanimité, ce qui donne au processus un caractère aléatoire. Le même délai d'un an pourrait s'appliquer dans ces cas également, surtout du fait que certaines modifications risquent inévitablement de porter à la fois sur des points soumis à la règle des « 7/50 » et sur d'autres exigeant l'unanimité (la constitutionnalisation de la Cour suprême, ainsi que sa composition, en sont un exemple).

Il faudrait se pencher sur la période minimale nécessaire à la proclamation d'une modification après qu'elle a été officiellement déposée. Il n'y a pas de période minimale pour les modifications bilatérales et exigeant l'unanimité, mais les questions soumises à la règle des « 7/50 » ne peuvent être proclamées avant l'expiration d'une période

d'un an à compter de leur dépôt à moins que chaque assemblée législative n'ait antérieurement adopté une résolution d'agrément ou de désaccord.

Dans notre système parlementaire, les corps exécutif et législatif du gouvernement sont intimement liés et si, après avoir tenu des audiences publiques sur les principes d'une proposition de modification, les premiers ministres arrêtent un texte juridique définitif pour approbation législative, il y a lieu de se demander s'ils ont quelque obligation que ce soit de respecter une entente touchant une modification constitutionnelle et de faire le nécessaire pour donner suite à leur engagement. Si tel est le cas, cette obligation devrait-elle figurer de façon explicite dans l'entente signée sur la modification? Il reste à savoir comment la faire respecter.

Dans le même ordre d'idées, une fois qu'un premier ministre s'est engagé à donner suite à une modification constitutionnelle convenue officiellement par les premiers ministres, la résolution de modification devrait-elle être considérée comme une question de confiance devant la Chambre des communes ou l'assemblée législative, au même titre que d'autres mesures importantes d'intérêt public présentées par le gouvernement? Dans l'affirmative, cela devrait-il se faire par la voie de nouvelles pratiques constitutionnelles?

Si une même résolution de modification contient à la fois des questions soumises à la règle des « 7/50 » et d'autres requérant l'unanimité, devrait-on prévoir dans la résolution que ces questions peuvent être proclamées séparément une fois obtenues les approbations nécessaires ou la résolution devrait-elle considérer l'ensemble des modifications comme un tout indivisible et veiller à ce que les questions soumises à la règle des « 7/50 » (même avec l'approbation nécessaire) ne soient pas proclamées si l'on n'obtient pas l'unanimité sur les autres questions avant la fin de la période limite? On pourrait contourner ce problème en évitant dans une même résolution des questions soumises à la règle des « 7/50 » et d'autres requérant l'unanimité, mais l'exemple de la constitutionnalisation de la Cour suprême du Canada montre que la chose n'est pas toujours possible : la composition de la Cour est assujettie à la règle de l'unanimité et d'autres aspects relèvent de la formule des « 7/50 ». Tout compte fait, il semble qu'il s'agisse là d'une question qui devra être pesée dans chaque cas et qu'une règle générale ne convienne pas.

L'existence d'un consensus à ce sujet pour régler les questions de participation du public et d'efficacité dans le cadre de la procédure de modification actuellement en place pourrait mener à l'établissement d'usages pour préciser le fonctionnement concret de la procédure en vigueur. Dans certains cas, ces usages pourraient ajouter des obligations qui n'existent pas dans la procédure officielle (p. ex. des audiences publiques) et, dans d'autres, ils pourraient établir des restrictions plus sévères que celles qui sont prévues dans le cadre de cette dernière (p. ex. le processus de ratification dans le cas de toutes les modifications devrait être achevé en moins d'un an).

L'avantage de partir d'un consensus et d'usages est qu'il n'est pas nécessaire d'attendre le changement officiel de la procédure de modification pour que les nouvelles exigences entrent en vigueur. Par contre, on peut violer une entente intervenue sur des usages, et dans ce cas la seule sanction possible est une sanction politique : alors, les usages n'offrent peut-être pas le degré de sécurité que les Canadiens pourraient souhaiter.

2) Changement officiel de la procédure de modification

Si on jugeait que l'établissement d'un consensus et de nouvelles pratiques n'était pas indiqué, une autre solution serait de changer la formule de modification proprement dite. Toute modification officielle de la procédure actuelle exigerait, en vertu de la formule présente, un consentement législatif unanime. On pourrait changer la formule de modification du « modèle législatif » actuel de la façon suggérée plus haut (dans notre examen du consensus et des usages) afin d'avoir plus d'exactitude et de certitude. Les processus envisagés plus haut cadrent tous avec le « modèle législatif » : le pouvoir de décision demeure entre les mains des députés de la Chambre des communes et des assemblées législatives.

La procédure de modification pourrait être changée (au moyen d'une modification de la Constitution en bonne et due forme) pour compléter le « modèle législatif » par un autre, ou même lui en substituer un autre. Par exemple, le pouvoir de décision du législateur pourrait être partagé avec la population s'exprimant par voie référendaire (le « modèle référendaire ») ou lui être transféré, ou encore la population pourrait être appelée à choisir des délégués spéciaux pour jouer un rôle décisif en proposant des modifications ou en les ratifiant (le « modèle d'assemblée constituante »). Ces deux modèles pourraient être combinés avec le « modèle législatif », ou encore l'un avec l'autre.

Voyons certaines des questions que ces deux modèles soulèveraient.

a) Le modèle référendaire

Les référendums ou plébiscites n'ont pas encore de racines dans la tradition canadienne. De façon générale, selon les dispositions constitutionnelles actuelles, les référendums sur des questions législatives ayant force exécutoire ne sont pas légaux d'après une décision rendue en 1919 par le Comité judiciaire du Conseil privé (tribunal canadien de dernier recours jusqu'en 1949) parce qu'une telle procédure changerait le rôle de la monarchie au sein du Parlement et des assemblées législatives. On pourrait bien sûr légaliser ces référendums par la voie d'une modification constitutionnelle.

Même s'il est possible de tenir des référendums consultatifs (n'ayant pas force exécutoire), on n'y a que rarement eu recours. On n'en dénombre que deux au niveau national depuis 1867 – l'un tenu en 1898 sur la prohibition et l'autre en 1942 sur la conscription. En 1898, la prohibition jouissait, à l'échelle nationale, de la faveur d'une mince majorité mais elle était rejetée massivement au Québec. En 1942, une forte majorité nationale était prête à relever le gouvernement de sa promesse de ne pas procéder à la conscription, tandis qu'une majorité encore plus forte au Québec n'était pas disposée à le faire. Ces deux consultations nationales ont été des entreprises difficiles qui ont fait ressortir les divergences de vues entre le Québec et le reste du pays; aussi a-t-on été réticent à recourir à cette forme de consultation de la population.

Les référendums ne sont pas forcément incompatibles avec un système parlementaire de gouvernement (encore que ce dernier est fondé sur la représentation de la population plutôt que sur sa participation directe aux décisions). En fait, en Australie, les modifications importantes à la constitution ne peuvent être effectuées que par voie référendaire. Si les deux Chambres du Parlement – ou, dans certaines circonstances, une seule Chambre – proposent une modification appuyée par la majorité absolue, cette modification doit être soumise à la population dans un référendum. Pour être adoptée, la modification doit recevoir l'appui de la majorité de tous les électeurs du pays et de la majorité des électeurs qui ont voté dans la majorité des États. Il existe une règle distincte pour des modifications qui réduisent la représentation proportionnelle de tout État à n'importe quelle des Chambres du Parlement ou le nombre minimum de représentants d'un État à la Chambre des représentants, ou qui modifient les frontières d'un État ou influent de quelque manière sur les dispositions constitutionnelles à ce sujet. Dans ces cas, la majorité des électeurs de l'État concerné doit approuver la modification. Dans certaines circonstances, l'unanimité des États peut être requise.

La formule australienne ne garantit aucune participation directe de la population ou même des gouvernements des États à la formulation de la proposition appelée à faire l'objet d'un référendum. Et en réalité il y a, en Australie, plus de propositions de modification rejetées par un référendum qu'il y en a d'adoptées. Ce sont les propositions faisant l'objet d'un consensus entre le gouvernement fédéral et les gouvernements des États qui ont le plus de chances d'être adoptées; ces chances diminuent sensiblement en cas de profond désaccord entre les gouvernements.

Il n'y a eu que peu de propositions de formules de modification constitutionnelle par référendum au Canada. La Commission de l'unité canadienne Pepin-Robarts a recommandé, en janvier 1979, une formule de modification hybride. Toute modification devait être approuvée par une majorité simple à la Chambre des communes et au sein d'un nouveau Conseil fédéral (composé de représentants des gouvernements provinciaux). La proposition devait ensuite être soumise à la population

par voie référendaire et devait obtenir l'appui de la majorité dans chacune des quatre régions (Atlantique, Québec, Ontario et Ouest canadien) pour être adoptée.

Au cours du débat constitutionnel de l'été de 1980, on a suggéré que les Canadiens puissent – dans certaines circonstances – prendre l'initiative de tenir des référendums sur des modifications constitutionnelles. Il serait ainsi possible d'en appeler à la population lorsque les corps législatifs (ou les gouvernements) ne parviennent pas à s'entendre sur une modification.

Par exemple, si sept provinces approuvaient une modification et que le Parlement s'y opposait, 3 p. 100 de l'électorat fédéral pourrait obliger la tenue d'un référendum national sur la question. Si la majorité des électeurs approuvait la modification, le résultat lierait le Canada.

D'autre part, si le Parlement approuvait une modification et qu'aucune province, ou encore un nombre insuffisant de provinces, l'approuvait, 3 p. 100 de l'électorat de chaque province qui s'est prononcé contre la mesure pourraient lancer l'idée d'un référendum provincial par voie de pétition. S'il y avait un référendum dans un nombre suffisant de provinces pour que le total des provinces consentantes atteigne sept, la modification serait adoptée.

Cette proposition n'a guère retenu l'attention ni, en fait, reçu d'appui.

La résolution unilatérale de rapatriement soumise au Parlement par le gouvernement du Canada en octobre 1980 comprenait également des procédures à l'égard des référendums. On y prévoyait que, durant les deux années suivant le rapatriement, les gouvernements pouvaient poursuivre leurs efforts en vue de s'entendre sur une formule de modification. S'ils échouaient mais que sept provinces représentant 80 p. 100 de la population convenaient d'une formule, celle-ci de même que celle privilégiée par le gouvernement du Canada seraient soumises à la population par voie de référendum. La majorité des personnes exerçant leur droit de vote déciderait de la formule à retenir.

La mesure unilatérale aurait également prévu une procédure référendaire permanente, mais uniquement à titre de mécanisme d'appel : si le Sénat et la Chambre des communes approuvaient une modification et qu'un nombre insuffisant de provinces (selon la formule, quelle qu'elle soit, qui aurait ultimement été retenue) l'adoptait, un référendum aurait pu être tenu. Pour être autorisée par voie référendaire, il aurait fallu que la modification reçoive l'appui de la majorité nationale des électeurs et celle de la majorité des personnes qui exercent leur droit de vote dans le nombre de provinces prévu aux termes de la procédure de modification.

Ces deux procédures référendaires ont été examinées au cours des audiences tenues par le Comité spécial mixte du Sénat et de la Chambre

des communes en 1980-1981, mais elles n'ont guère retenu l'attention ni reçu d'appui du public.

Au cours de la conférence des premiers ministres tenue du 2 au 5 novembre 1981, le Premier ministre du Canada a proposé, le 4 novembre, la tenue d'un référendum sur la Charte et d'un autre sur la procédure de modification. Seul le premier ministre du Québec a appuyé cette proposition. Ses homologues de l'Ontario et du Nouveau-Brunswick se sont déclarés prêts à examiner l'idée, mais les autres premiers ministres s'y sont montrés très réticents ou vivement opposés.

En fin de compte, tous les premiers ministres, sauf celui du Québec, se sont entendus le 5 novembre sur le modèle législatif actuellement en vigueur pour modifier la Constitution.

Néanmoins, comme on l'a vu dans le cas de l'Australie, on peut recourir aux référendums en ce qui a trait aux modifications constitutionnelles dans un système fédéral parlementaire.

Voici quelques-uns des points qu'il faudrait régler à cet égard :

- La question

  Qui devrait arrêter le libellé de la question à soumettre à la population? Le gouvernement ou le Parlement du Canada? Devrait-il y avoir simple participation des provinces ou son libellé devrait-il être l'aboutissement d'une entente fédérale-provinciale? Devrait-on tenir des audiences publiques sur la question avant de procéder au référendum? Dans l'affirmative, qui devrait organiser les audiences?

- Initiative

  Qui devrait être à l'origine d'un référendum? Le gouvernement du Canada ou le Parlement? Un ensemble de provinces? Un certain pourcentage de l'électorat?

- Règles référendaires

  Devrait-il y avoir des règles touchant la tenue des référendums (établissement des listes d'électeurs, durée de la campagne, financement, etc.)? Qui devrait établir ces règles?

- Information

  Quel serait le meilleur moyen de transmettre aux électeurs l'information factuelle qui leur permette d'exercer un choix éclairé (dans les derniers jours de l'Accord du lac Meech, plus des deux tiers des Canadiens affirmaient ne connaître que peu de choses sinon rien du tout sur l'Accord)? Un envoi général

d'une brochure d'information par la poste? Qui devrait être chargé de préparer et de distribuer cette brochure?

- La formule de modification

  Quel type de majorité serait nécessaire pour qu'une proposition de modification soit adoptée? Une majorité nationale simple? Une majorité nationale, y compris une majorité dans une majorité des provinces? Une majorité nationale et une majorité au Québec au sujet de certaines questions? La procédure référendaire devrait-elle permettre le retrait (« opting-out ») de certaines modifications? Dans l'affirmative, dans quelles circonstances cela serait-il permis?

En résumé, si l'on optait pour le modèle référendaire, il faudrait encore régler un grand nombre de questions.

b) Le modèle d'assemblée constituante

Les assemblées constituantes sont habituellement formées de corps représentatifs spécialement désignés pour représenter l'ensemble de la société (dans les sociétés unitaires), ou de parties constituantes d'une fédération, choisies pour se réunir à titre extraordinaire afin de rédiger le texte intégral d'une constitution ou un texte de modifications à la constitution existante, ou encore en vue d'approuver une constitution ou une modification constitutionnelle.

Dans le cas des États-Unis, les législatures des États ont nommé des délégués chargés de les représenter à la convention (c.-à-d. l'assemblée constituante) convoquée à Philadelphie en mai 1787. Ces délégués ont proposé et examiné diverses résolutions en vue d'établir une forme de gouvernement fédéral (pour remplacer le régime confédéral alors en place), renvoyant parfois des questions à un comité de la convention en vue d'un examen plus approfondi. Le texte définitif de la constitution approuvé par la convention a été soumis aux États par le Congrès du gouvernement confédéral afin que leurs conventions (c.-à-d. les assemblées constituantes) le ratifient. Les législatures des États ont fixé les dates de réunion des conventions et émis les brefs pour l'élection des délégués.

La constitution adoptée aux termes de cette procédure et entrée en vigueur en 1789, prévoit deux méthodes de modification :

- une modification constitutionnelle peut être proposée soit par un vote des deux tiers des deux Chambres du Congrès, soit par une convention convoquée par celui-ci à la demande des législatures des deux tiers des États;

- une modification fait effectivement partie de la constitution une fois qu'elle est ratifiée par les législatures des trois quarts des

États ou par des conventions dans trois quarts des États (le choix de la méthode de ratification revient au Congrès).

On ne retrouve dans la constitution aucun détail sur la manière de former les conventions, ce qui semblerait signifier que la chose est laissée à la discrétion des législatures.

Depuis 1789, toutes les modifications apportées à la constitution américaine ont, dans les faits, été proposées par le Congrès et, à une exception près, ont toutes été ratifiées par les législatures des États. Cette exception est la modification visant à abroger la loi sur la prohibition, qui avait été proposée par le Congrès aux conventions des États le 20 février 1933. Il régnait une certaine controverse au sujet des conditions dans lesquelles devaient avoir lieu les conventions des États devant examiner la modification. La procédure précise devint une affaire qui devait être réglée au moyen d'une loi par chaque État : dans certains États, les délégués ont été élus pour l'ensemble de l'État, dans d'autres, le système des districts (circonscriptions) a été utilisé.

Dans la plupart des cas, les électeurs ont appuyé des candidats favorables ou défavorables à la prohibition. Aussi n'y a-t-il guère eu de débats ou pas du tout aux conventions : les délégués ont voté dans le sens de leur engagement. Dans la mesure où les choses se sont passées ainsi, il n'y avait guère de différence entre le modèle de l'assemblée constituante et le modèle référendaire. La modification a été adoptée et promulguée le 5 décembre 1933 – moins de dix mois après sa proposition par le Congrès.

Les conférences de Québec et de Charlottetown en 1864 et la conférence de Londres en 1866, qui réunirent des délégués de diverses assemblées législatives et amenèrent la création de la fédération canadienne, étaient semblables à des assemblées constituantes.

L'Australie a mis à l'essai une assemblée constituante officieuse appelée *Australian Constitutional Convention* qui a commencé ses travaux en 1973 (et les a cessés au début des années 1980). La convention était formée de députés ministériels et de députés de l'opposition siégeant au Parlement fédéral, dans les législatures des États et des territoires. Ses délibérations ont renforcé le consensus entre les législateurs (et les gouvernements) sur les propositions de modification de la constitution, et elles ont du même coup augmenté leurs chances d'adoption. Cependant, la procédure officielle de modification est restée la même et la participation de la population s'est en grande partie limitée à accepter ou à rejeter la proposition qui lui avait été soumise par voie référendaire.

On recense dans l'histoire canadienne un certain nombre de propositions visant à établir une assemblée constituante – dont celle présentée par la Canada West Foundation en 1981. La Fédération canadienne des municipalités a soumis une proposition semblable à la Commission Pepin-Robarts. L'établissement d'un organe spécial ou

exceptionnel chargé d'examiner une modification à la Constitution comporte certains avantages. Il permettrait à des personnes qui, normalement, ne participeraient pas de façon courante à la vie politique de consacrer leur temps et leurs énergies à la question précise de la réforme de la Constitution. Ces personnes ne seraient pas dérangées par les nombreuses préoccupations d'ordre pratique, politique et budgétaire ni par celles que leur soumettent leurs commettants, ce qui est le lot quotidien des législateurs.

Il y a cependant un certain nombre de questions auxquelles il faudra trouver réponse. Ainsi, qui devrait choisir les délégués à l'assemblée constituante – les législateurs, l'électorat, des groupes particuliers (comme les autochtones, les anglophones au Québec et les francophones à l'extérieur du Québec) ou un groupe réunissant les éléments susmentionnés?

Dans une assemblée constituante nationale, devrait-il y avoir égalité de représentation des provinces, une représentation proportionnelle à la population ou un compromis à mi-chemin entre ces deux situations? Comment les intérêts fédéraux ou nationaux devraient-ils être représentés?

Quelle devrait être la procédure de prise de décisions au sein de l'assemblée constituante? La majorité simple ou une majorité spécialement pondérée? Le retrait serait-il possible?

Quels devraient être les pouvoirs de décision de la convention? Les décisions de cette dernière devraient-elles avoir la même force exécutoire que les modifications constitutionnelles? Devraient-elles être présentées à la population par voie référendaire? Devraient-elles être des recommandations destinées aux premiers ministres et pouvant être mises en oeuvre dans le cadre du modèle législatif?

Conclusion

Depuis trois ans, des discussions publiques ont fait ressortir un certain nombre de problèmes que pose la modification de la Constitution du Canada aux termes de la procédure en place.

La principale critique soulevée par cette procédure est qu'elle ne prévoit pas la participation de la population à l'examen et à l'établissement des propositions de modification constitutionnelle avant que le texte officiel ne lui soit soumis pour être accepté ou rejeté. Une autre critique est que le processus de ratification est trop long. De plus, on s'est demandé si un gouvernement qui a officiellement donné son assentiment à l'égard d'une proposition de modification devrait traiter la question comme une question de confiance.

Ce document a présenté certaines façons d'adapter ou de modifier la formule actuelle afin d'aplanir les difficultés mises en lumière durant le débat sur l'Accord du lac Meech.

Adapter la procédure actuelle par voie de consensus ou de pratiques établies n'est pas la seule solution possible. Dans le présent document, qui ne se veut pas exhaustif, est examinée la possibilité de changer la formule de modification, y compris deux autres modèles – le recours aux référendums ou aux assemblées constituantes – qui pourraient également être considérés comme des méthodes de rechange ou des formules complémentaires de modification. S'il était décidé de changer la formule (au lieu de forger un consensus sur les questions de procédure ou de convenir de pratiques), il serait sans doute indispensable que les autorités politiques parviennent à un accord sur le processus devant guider toute tentative de changer la formule de modification: les Canadiens conviendraient probablement que, quel que soit le résultat final, le processus de modification de la formule doit lui-même assurer la participation du public et être efficace.

Nous nous sommes concentrés ici sur les problèmes de processus et d'efficacité qu'a mis en lumière l'échec de l'Accord du lac Meech. Certains seront peut-être d'avis qu'il y aurait lieu d'abandonner l'une ou l'autre des formules de modification que cinquante ans de débats sur la question ont engendrées, et de mettre en place des formules totalement nouvelles. Le mandat du comité mixte spécial proposé, du Sénat et de la Chambre des communes sur le processus de modification constitutionnelle n'exclut d'aucune manière la possibilité d'examiner des formules de rechange, ni même d'envisager d'autres façons de changer les formules actuelles. En fin de compte, ce seront les Canadiens qui feront en sorte que la constitution qu'ils ont ne les empêche pas de se doter de la constitution dont ils ont besoin pour relever les défis du XXI^{e} siècle.

Le gouvernement espère que le présent document incitera les Canadiens à discuter de cette question et il lui tarde de connaître leurs vues à ce sujet.

Parlement	Ratification	Remarques
Chambre des communes	Dépôt le 17 mars 1983 Adoption le 29 juin 1983	Débat de 2 jours/Unanimité
Sénat	Dépôt le 27 juin 1983 Adoption le 3 novembre 1983	Débat de 5 jours/Unanimité
ASSEMBLÉES LÉGISLATIVES PROVINCIALES		
Terre-Neuve	Dépôt le 2 décembre 1983 Adoption le 2 décembre 1983	Débat d'un jour/Unanimité
Île-du-Prince-Édouard	Dépôt le 16 juin 1983 Adoption le 16 juin 1983	Débat d'un jour/Unanimité
Nouvelle-Écosse	Dépôt le 31 mai 1983 Adoption le 31 mai 1983	Débat d'un jour/Vote de 36 à 4 (Présentation de modification)
Nouveau-Brunswick	Dépôt le 22 juin 1983 Adoption le 28 juin 1983	Débat de 2 jours/Vote de 41 à 1
Québec	Aucune initiative	Aucune initiative
Ontario	Dépôt le 13 octobre 1983 Adoption le 18 octobre 1983	Débat de 4 jours/Unanimité
Manitoba	Dépôt le 27 juin 1983 Adoption le 18 août 1983	Débat de 4 jours/Unanimité* (*art. 36 du Règlement adopté le 14 août 1986)
Saskatchewan	Dépôt le 30 novembre 1983 Adoption le 30 novembre 1983	Débat d'un jour/Unanimité
Alberta	Dépôt le 3 juin 1983 Adoption le 3 juin 1983	Débat d'un jour/Unanimité
Colombie-Britannique	Dépôt le 21 octobre 1983 Adoption le 21 octobre 1983	Débat d'un jour/Unanimité
Proclamation le 21 juin 1984		

ANNEXE B

LOI CONSTITUTIONNELLE DE 1982

PARTIE V

PROCÉDURE DE MODIFICATION DE LA CONSTITUTION DU CANADA

Procédure normale de modification

38. (1) La Constitution du Canada peut être modifiée par proclamation du gouverneur général sous le grand sceau du Canada, autorisée à la fois :

a) par des résolutions du Sénat et de la Chambre des communes;

b) par des résolutions des assemblées législatives d'au moins deux tiers des provinces dont la population confondue représente, selon le recensement général le plus récent à l'époque, au moins cinquante pour cent de la population de toutes les provinces.

Majorité simple

(2) Une modification faite conformément au paragraphe (1) mais dérogatoire à la compétence législative, aux droits de propriété ou à tous autres droits ou privilèges d'une législation ou d'un gouvernement provincial exige une résolution adoptée à la majorité des sénateurs, des députés fédéraux et des députés de chacune des assemblées législatives du nombre requis de provinces.

Désaccord

(3) La modification visée au paragraphe (2) est sans effet dans une province dont l'assemblée législative a, avant la prise de la proclamation, exprimé son désaccord par une résolution adoptée à la majorité des députés, sauf si cette assemblée, par résolution également adoptée à la majorité, revient sur son désaccord et autorise la modification.

Levée du désaccord

(4) La résolution de désaccord visée au paragraphe (3) peut être révoquée à tout moment, indépendamment de la date de la proclamation à laquelle elle se rapporte.

Restriction

39. (1) La proclamation visée au paragraphe 38(1) ne peut être prise dans l'année suivant l'adoption de la résolution à l'origine de la procédure de modification que si l'assemblée législative de chaque province a préalablement adopté une résolution d'agrément ou de désaccord.

Idem

(2) La proclamation visée au paragraphe 38(1) ne peut être prise que dans les trois ans suivant l'adoption de la résolution à l'origine de la procédure de modification.

Compensation

40. Le Canada fournit une juste compensation aux provinces auxquelles ne s'applique pas une modification faite conformément au paragraphe 38(1) et relative, en matière d'éducation ou dans d'autres domaines culturels, à un transfert de compétences législatives provinciales au Parlement.

Consentement unanime

41. Toute modification de la Constitution du Canada portant sur les questions suivantes se fait par proclamation du gouverneur général sous le grand sceau du Canada, autorisée par des résolutions du Sénat, de la Chambre des communes et de l'assemblée législative de chaque province :

a) la charge de Reine, celle de gouverneur général et celle de lieutenant-gouverneur;

b) le droit d'une province d'avoir à la Chambre des communes un nombre de députés au moins égal à celui des sénateurs par lesquels elle est habilitée à être représentée lors de l'entrée en vigueur de la présente partie;

c) sous réserve de l'article 43, l'usage du français ou de l'anglais;

d) la composition de la Cour suprême du Canada;

e) la modification de la présente partie.

Procédure normale de modification

42. (1) Toute modification de la Constitution du Canada portant sur les questions suivantes se fait conformément au paragraphe 38(1) :

a) le principe de la représentation proportionnelle des provinces à la Chambre des communes prévu par la Constitution du Canada;

b) les pouvoirs du Sénat et le mode de sélection des sénateurs;

c) le nombre des sénateurs par lesquels une province est habilitée à être représentée et les conditions de résidence qu'ils doivent remplir;

d) sous réserve de l'alinéa 41*d*), la Cour suprême du Canada;

e) le rattachement aux provinces existantes de tout ou partie des territoires;

f) par dérogation à toute autre loi ou usage, la création de provinces.

Exception

(2) Les paragraphes 38(2) à (4) ne s'appliquent pas aux questions mentionnées au paragraphe (1).

Modification à l'égard de certaines provinces

43. Les dispositions de la Constitution du Canada applicables à certaines provinces seulement ne peuvent être modifiées que par proclamation du gouverneur général sous le grand sceau du Canada, autorisé par des résolutions du Sénat, de la Chambre des communes et de l'assemblée législative de chaque province concernée. Le présent article s'applique notamment :

a) aux changements du tracé des frontières interprovinciales;

b) aux modifications des dispositions relatives à l'usage du français ou de l'anglais dans une province.

Modification par le Parlement

44. Sous réserve des articles 41 et 42, le Parlement a compétence exclusive pour modifier les dispositions de la Constitution du Canada relatives au pouvoir exécutif fédéral, au Sénat ou à la Chambre des communes.

Modification par les législatures

45. Sous réserve de l'article 41, une législature a compétence exclusive pour modifier la constitution de sa province.

Initiative des procédures

46. (1) L'initiative des procédures de modification visées aux articles 38, 41, 42 et 43 appartient au Sénat, à la Chambre des communes ou à une assemblée législative.

Possibilité de révocation

(2) Une résolution d'agrément adoptée dans le cadre de la présente partie peut être révoquée à tout moment avant la date de la proclamation qu'elle autorise.

Modification sans résolution du Sénat

47. (1) Dans les cas visés à l'article 38, 41, 42 ou 43, il peut être passé outre au défaut d'autorisation du Sénat si celui-ci n'a pas adopté de résolution dans un délai de cent quatre-vingts jours suivant l'adoption de celle de la Chambre des communes et si cette dernière, après l'expiration du délai, adopte une nouvelle résolution dans le même sens.

Computation du délai

(2) Dans la computation du délai visé au paragraphe (1), ne sont pas comptées les périodes pendant lesquelles le Parlement est prorogé ou dissous.

Demande de proclamation

48. Le Conseil privé de la Reine pour le Canada demande au gouverneur général de prendre, conformément à la présente partie, une proclamation dès l'adoption des résolutions prévues par cette partie pour une modification par proclamation.

Conférence constitutionnelle

49. Dans les quinze ans suivant l'entrée en vigueur de la présente partie, le premier ministre du Canada convoque une conférence constitutionnelle réunissant les premiers ministres provinciaux et lui-même, en vue du réexamen des dispositions de cette partie.